

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PRIVÉ

Fondée par

HENRY SOLUS

Professeur honoraire à la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques de Paris

dirigée par

JACQUES GHESTIN

Professeur à l'Université de Paris I
(Panthéon-Sorbonne)

TOME CLXXVII

LE CONTRAT DE PROMESSE UNILATERALE DE VENTE

par

Françoise BÉNAC-SCHMIDT

Docteur en droit

Avocat à la cour d'appel de Paris

Préface de

JACQUES GHESTIN

Professeur à l'Université de Paris-I
(Panthéon-Sorbonne)

Ouvrage honoré d'une subvention du Ministère de l'Education Nationale et du Prix Henri Capitant

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (5^e)

1983

ERRATUM

DERNIERS TITRES PARUS DANS LA BIBLIOTHEQUE DE DROIT PRIVE

- Tome 166. — GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties*. (Etudes de droit civil français). Préface de D. TALLON. 1980.
- Tome 167. — CARREAU (C.), *Mérite et droit d'auteur*. Préface de A. FRANÇON. 1981.
- Tome 168. — MUZUAGHI (A.S.), *Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau*. Préface de P. BONASSIES. 1981.
- Tome 169. — CABALLERO (F.), *Essai sur la notion de nuisance*. Préface de J. RIVERO. 1981.
- Tome 170. — PHILIPPE (C.), *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*. Préface de G. WIEDERKEHR. 1981.
- Tome 171. — GOUTAL (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*. Préface de H. BATIFFOL. 1981.
- Tome 172. — STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*. Préface de D. HUET-WEILLER. 1982.
- Tome 173. — NANA (G.-J.), *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*. Préface de J. GHESTIN. 1982.
- Tome 174. — PAMOUKDJIAN (J.P.), *Le droit du parfum*. Préface de Ch. GAVALDA. 1982.
- Tome 175. — BRICKS (H.), *Les clauses abusives*. Préface de J. CALAIS-AULOIS. 1982.
- Tome 176. — LALIGANT (O.), *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*. Avant-propos de P. KAYSER, Préface de G. LAMBERT, 1983.

**LE CONTRAT DE PROMESSE
UNILATÉRALE DE VENTE**

BIBLIOTHEQUE DE DROIT PRIVE

Fondée par

HENRY SOLUS

Professeur honoraire à la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques de Paris

dirigée par

JACQUES GHESTIN

Professeur à l'Université de Paris I
(Panthéon-Sorbonne)

TOME XXVII

LE CONTRAT DE PROMESSE UNILATERALE DE VENTE

par

Françoise BÉNAC-SCHMIDT

Docteur en droit
Avocat à la cour d'appel de Paris

Préface de

JACQUES GHESTIN

Professeur à l'Université de
Paris-I (Panthéon-Sorbonne)

Ouvrage honoré d'une subvention du Ministère de l'Education Nationale et du Prix Henri Capitant

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, Rue Soufflot (5^e)

1983

- Tome 1. — DESPAX (M.), professeur agrégé des Facultés de Droit. *L'entreprise et le Droit*. Préface de M. MARTY, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1957. Epuisé.
- Tome 2. — TERRE (F.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Strasbourg. *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Préface de R. LE BALLE, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1957. Epuisé.
- Tome 3. — CHOUKROUN (C.), docteur en droit. *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*. Préface de A. AMIAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1957. Epuisé.
- Tome 4. — BRÉDIN (J.-D.), chargé de travaux pratiques à la Faculté de Droit. *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé*. Préface de H. SOLUS, professeur à Faculté de Droit de Paris. 1957. Epuisé.
- Tome 5. — DIDIER (P.), professeur agrégé des Facultés de Droit. *L'option re la femme commune en biens*. Préface de M. FRÉJOUVILLE, professeur à la Faculté de Droit de Paris. Epuisé.
- Tome 6. — MARTINE (E.N.), assistant à la Faculté de Droit de Paris, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*. 1957. Epuisé.
- Tome 7. — SENN (J.-P.), docteur en droit. *Les sociétés d'investissement en droit français*. Préface de M. ROBLLOT, doyen de la Faculté de Droit de Nancy. 1958.
- Tome 8. — SOUM (H.), docteur en droit. *La transmission de la succession testamentaire*. Préface de P. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1957. Epuisé.
- Tome 9. — GENDREL (M.), docteur en droit. *Les mariages « in-extremis »*. « Et Thalami et Tumuli sic fuit una dies ». 1958. Epuisé.
- Tome 10. — LE GALCHER-BARON (M.), assistant à la Faculté de Droit de Caen. *Les prérogatives de la femme commune en biens sur ses biens personnels et les biens réservés*. Préface de J. BOUTARD, professeur à la Faculté de Droit de Caen. 1959.
- Tome 11. — BISCHOFF (J.-M.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Strasbourg. *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*. Préface de A. WEIL, doyen de la Faculté de Droit de Strasbourg. 1959. Epuisé.
- Tome 12. — PETITJEAN (H.), docteur en droit. *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*. Préface de H. BATIFFOL, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1959.
- Tome 13. — ROLAND (H.), assistant à la Faculté de Droit de Lyon. *Chose jugée et tierce opposition*. Préface de B. STARCK, professeur à la Faculté de Droit de Lyon. 1958. Epuisé.
- Tome 14. — LEVEL (P.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Lille. *Essai sur les conflits de lois dans le temps*. Contribution à la théorie générale du droit transitoire. Préface de H. BATIFFOL, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1959. Epuisé.

- Tome 15. — LAGARDE (P.), docteur en droit. *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*. Préface de H. BATIFFOL, professeur à Faculté de Droit de Paris. 1959. Epuisé.
- Tome 16. — VANHAECKE (M.), docteur en droit. *Les groupes de sociétés*. Préface de M.-R. PLAISANT, professeur à la Faculté de Droit de Caen. Ed. 1959. Nouveau tirage 1962.
- Tome 17. — CALAIS-AULOY (J.), assistant à la Faculté de Droit de Montpellier. *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*. Préface de M. CABRILLAC, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. 1959. Epuisé.
- Tome 18. — BORRICAND (J.), chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. *Les effets du mariage après sa dissolution*. Préface de M. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit d'Aix. 1960.
- Tome 19. — RIEG (A.), docteur en droit. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Préface de R. PERROT, professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg. 1961. Epuisé.
- Tome 20. — LAFON (J.), docteur en droit, médecin-chef des hôpitaux psychiatriques de la Seine. *La responsabilité civile du fait des malades mentaux*. Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1960.
- Tome 21. — DECOCQ (A.), docteur en droit. *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*. Préface de G. LEVASSEUR, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1960. Epuisé.
- Tome 22. — BOUREL (P.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rennes. *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*. Préface de Y. LOUSSOUARN, doyen de la Faculté de Droit de Rennes. 1961. Epuisé.
- Tome 23. — MOUSSERON (J.-M.), chargé de cours à la Faculté de Droit d'Alger. *Le droit du brevet d'invention*. Contribution à une analyse objective. Préface de M.-H. CABRILLAC, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. 1961. Epuisé.
- Tome 24. — OLLIER (P.-D.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Grenoble. *La responsabilité civile des père et mère*. Etude critique de son régime légal (Art. 1384, al. 4 et 7 C. civ.). Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1961. Epuisé.
- Tome 25. — CATALA (N.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Dijon. *La nature juridique du paiement*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1961. 2^e tirage.
- Tome 26. — *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*. Etudes de droit privé sous la direction de P. DURAND, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, par MM. E.-L. BACH, J. BARRERE, A. DECOCQ, J.-P. DOUCET, M. GENDREL, O. KUHNMUNCH et J. NOIREL, docteurs en droit. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1961.
- Tome 27. — ROUJOU DE BOUBEE (G.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse. *Essai sur l'acte juridique collectif*. Préface de G. MARTY, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1961.
- Tome 28. — PELISSIER (J.), docteur en Droit, assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon. *Les obligations alimentaires*. Préface de R. NERSON, professeur à la Faculté de Droit de Lyon. 1961. Epuisé.
- Tome 29. — SORTAIS (J.-P.), docteur en droit. *Le titre et l'émolument*. Préface de R. LE BALLE, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1961. Epuisé.
- Tome 30. — HUGUET (A.), docteur en droit. *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*. Etudes sur la loi du 11 mars 1957. Préface de R. SAVATIER, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers. 1962.
- Tome 31. — PELLEGRIN (A.), docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Grenoble. *De la nature juridique*

- du partage d'ascendant.* Préface de P. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1961.
- Tome 32. — RIVES-LANGE (J.-L.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Montpellier, lauréat de l'Académie française. *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte.* Préface de J. BECQUE, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. 1962. Epuisé.
- Tome 33. — JULIEN (P.), assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université d'Aix-Marseille. *Les contrats entre époux.* Préface de P. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille. 1962.
- Tome 34. — CHESNE (G.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rennes. *L'établissement des étrangers en France et la communauté économique européenne.* Préface de Y. LOUS-SOUARN, doyen de la Faculté de Droit de Rennes. 1962. Epuisé.
- Tome 35. — GRANCHET (G.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Paris. *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire.* 1962.
- Tome 36. — LE GALL (J.-P.), docteur en droit. *L'obligation de garantie dans le louage des choses.* Préface de M. TUNC, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1962. Epuisé.
- Tome 37. — FARJAT (G.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Dijon. *L'ordre public économique.* Préface de M. B. GOLDMAN, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963. Epuisé.
- Tome 38. — DUCOULOUX (C.), avocat à la Cour. *Les sociétés d'économie mixte en France et en Italie.* Préface de J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux. 1963. Epuisé.
- Tome 39. — PRADEL (J.), magistrat. *La condition civile du malade.* Préface de G. CORNU, doyen de la Faculté de Droit de Poitiers. 1963. Epuisé.
- Tome 40. — VERDOT (R.), assistant à la Faculté de Droit d'Aix, *La notion d'acte d'administration en droit privé français.* Préface de P. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit d'Aix. 1963.
- Tome 41. — GHESTIN (J.), professeur agrégé à la Faculté de Droit de Bordeaux. *La notion d'erreur dans le droit positif actuel.* Préface de J. BOULANGER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 2^e éd. 1971.
- Tome 42. — GROSS (R.), docteur en droit. *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats.* Préface de D. TALLON, doyen de la Faculté de Droit de Nancy. 1964. Epuisé.
- Tome 43. — BUFFELAN-LANORE (Y.), docteur en droit. *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil.* Préface de P. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1963.
- Tome 44. — POULAIN (J.), docteur en droit. *La protection des émissions de radiodiffusion.* Préface de M. H. DESBOIS, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963. Epuisé.
- Tome 45. — GOURDON (C.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit de Poitiers. *La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute.* Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963.
- Tome 46. — DAHAN (M.), assistant à la Faculté de Droit de Paris. *Sécurité sociale et responsabilité.* Etude critique du recours de la sécurité sociale contre le tiers responsable. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963. Epuisé.
- Tome 47. — LINOSSIER (L.), docteur en droit. *Le partage des successions confondues.* Préface de R. LE BALLE, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963.
- Tome 48. — LOMBOIS (J.-C.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Poitiers. *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils.* Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963.
- Tome 49. — *L'immeuble urbain à usage d'habitation.* Etudes de droit privé, sous la direction de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris, et par MM. J.-M. LELOUP, L. LINOSSIER, C. LOMBOIS, J. NORMAND, A. PIEDELIEVRE, E. DU PONTAVICE, A. RIEG, J.-P. SORTAIS, R. VERDOT et R. WILLMANN. 1963.

- Tome 50. — BIOLEY (G.), docteur en droit, diplômé de l'I.E.P. de Grenoble. *Le droit de réponse en matière de presse*. Préface de A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963. Epuisé.
- Tome 51. — GOULET (J.-M.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques d'Aix-en-Provence. *La condition juridique de l'enfant adultérin en droit italien*. Préface de Mlle Y. LOBIN, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. 1964.
- Tome 52. — BOULANGER (F.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Paris, ancien attaché au « Max Planck Institut für internationale Privatrecht ». *Etude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*. Préface de H. BATIFFOL, professeur à la Faculté de droit de Paris. 1964.
- Tome 53. — VINEY (G.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Dijon. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Préface de A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965. Epuisé.
- Tome 54. — AMBIALET (J.), avocat à la Cour d'Appel. *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*. Préface de M. de JUGLART, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965. Epuisé.
- Tome 55. — LECLERCQ (P.), auditeur de justice, assistant à la Faculté de Droit de Grenoble. *Les clientèles attachées à la personne*. Préface de P. CATALA, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. 1965.
- Tome 56. — LABRUSSE-RIOU (C.), chargée de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Strasbourg. *L'égalité des époux en droit allemand*. Préface de R. DAVID, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 57. — DEJEAN DE LA BATIE (N.), agrégé des Facultés de Droit. *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*. Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 58. — SPITERI (P.), assistant à la Faculté de Droit de Toulouse. *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal*. (Etude de réforme législative). Préface de A. BRETON, doyen honoraire de la Faculté de Droit d'Alger. 1965.
- Tome 59. — MALINVAUD (Ph.), maître de conférence agrégé à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dijon. *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat*. Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 60. — LANDREAU (D.), assistant à la Faculté de Droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence. *Le désaveu de paternité spécial de l'article 325 du code civil*. Essai de contribution à l'étude du rôle de la jurisprudence. Préface de P. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. 1965. Epuisé.
- Tome 61. — DOUCET (J.-P.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Caen. *L'indexation*. Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965. Epuisé.
- Tome 62. — RAYMOND (G.), docteur en droit. *Le consentement des époux au mariage*. Etude de droit positif français. Préface de G. CORNU, doyen de la Faculté de Droit de Poitiers. 1965.
- Tome 63. — RUBBELIN-DEVICHI (J.), docteur en droit. *L'arbitrage, nature juridique droit interne et droit international privé*. Préface de J. VINCENT, doyen de la Faculté de Droit de Lyon. 1965. Epuisé.
- Tome 64. — TANAGHO (S.), chargé de cours à la Faculté de Droit d'Ein-Chams. *De l'obligation judiciaire*. Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge. Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 65. — NORMAND (J.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Nancy. *Le juge et le litige*. Préface de R. PERROT, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965. Epuisé.
- Tome 66. — JAUFFRET (C.), docteur en droit (Aix). *La responsabilité civile en matière d'accidents d'automobile* (étude comparée de droit espagnol, italien et français). Préface de Mlle Y. LOBIN, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. 1965. Epuisé.
- Time 67. — FROSSARD (J.), docteur en droit. *La distinction des obligations*

- de moyens et des obligations de résultat.* Préface de R. NERSON, professeur à la Faculté de Droit de Lyon. 1965. Epuisé.
- Tome 68. — LE BRIS (R.-F.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Rennes. *La relation de travail entre époux.* Préface de Y. LOUSSOUARN, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 69. — *L'automobile en droit privé*, études de droit privé sous la direction et avec une préface de Y. LOUSSOUARN, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, par R. BADINTER, J. BORRICAND, F. BOULANGER, G. CAS, M. CULIOLI, M. DAHAN, H. GAUDEMETALLON, C. JAUFFRET, J. PELISSIER, C. RIOU-LABRUSSE, G. ROUJOU DE BOUBÉE, J. SAYN, M. VERON. 1965.
- Tome 70. — PIROVANO (A.), assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nice. *Faute civile et faute pénale.* Préface de P. BONASIES, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. 1966. Epuisé.
- Tome 71. — LESERVOISIER (Y.), avocat à la Cour d'Appel de Paris. *La responsabilité civile résultant du transport gratuit de personnes en droit français et en droit anglais.* Préface de B. GOLDMAN, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1966.
- Tome 72. — MOREAU (J.-P.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Poitiers. *Les limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties.* Préface de G. CORNU, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers. 1966.
- Tome 73. DAGOT (M.), assistant à la Faculté de Droit de Tananarive. *La simulation en droit privé.* Préface de M. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1967. Epuisé.
- Tome 74. — COUV RAT (P.), assistant à la Faculté de Droit de Poitiers. *Les agences de voyages en droit français.* Préface de G. CORNU, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers. 1967. Epuisé.
- Tome 75. — DESJEUX (X.), avocat à la Cour de Paris. *La convention de Rome (10-26 octobre 1961) : Etude de la protection des artistes, interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion.* Préface de H. DESBOIS, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1966.
- Tome 76. — SERNA (J.-C.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Grenoble. *Le refus de contracter.* Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.
- Tome 77. — KHALIL (M.S.), chargé de cours à la Faculté de Droit d'Ein-Chams (Le Caire). *Le dirigisme économique et les contrats.* Etude de droit comparé, France, Egypte, U.R.S.S. Préface de R. DAVID, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967. Epuisé.
- Tome 78. — CHABAS (F.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Dakar. *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation.* Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967. Epuisé.
- Tome 79. — LEUK (A.), docteur en droit, licencié ès lettres. *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie.* Préface de P. VOIRIN, professeur à la Faculté de Droit de Nancy. 1967.
- Tome 80. — OMAR (A.-M.), chargé de cours à la Faculté de Droit du Caire. *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé.* Préface de R. PERROT, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.
- Tome 81. — BOURGEOIS (A.-M.), assistante à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Clermont-Ferrand, *L'exploitation agricole dans la législation récente.* Préface de J. STOUFFLET, professeur à la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 1967.
- Tome 82. — CHEVALLIER (J.-Y.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Rennes. *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé.* Préface de Y. LOUSSOUARN, doyen de la Faculté de Droit de Rennes. 1967.
- Tome 83. — EL GAMMAL (M.), docteur en droit. *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques.* Préface de M.A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.
- Tome 84. — CELICE (B.), docteur en droit, avocat à la Cour. *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques.* Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1968.

- Tome 85. — NAJJAR (I.), chargé de cours à la Faculté de droit de Beyrouth, avocat à la Cour d'Appel de Beyrouth. *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*. Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.
- Tome 86. — DEMAÏN (B.), docteur en droit, *La liquidation des biens des concubins*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1968.
- Tome 87. — JESTAZ (Ph.), docteur en droit. *L'urgence et les principes classiques du droit civil*. Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1968.
- Tome 88. — GOMAA (N.M.K.), chargé de cours à la Faculté de Droit du Caire. *Théorie des sources de l'obligation*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1968.
- Tome 89. — DELHAY (F.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Lille. *La nature juridique de l'indivision*. Préface de J. PATARIN, professeur à la Faculté de Droit de Lille. 1968.
- Tome 90. — GILSON (B.), docteur en droit, docteur ès sciences politiques. *Inexécution et résolution en droit anglais*. Préface de R. DAVID, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 91. — OVERSTAKE (J.-F.), docteur en droit. *Essai de classification des contrats spéciaux*. Préface de J. BRÊTHE DE LA GRESSAYE, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Bordeaux. 1969.
- Tome 92. — COZIAN (M.), professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dijon. *L'action directe*. Préface de A. PONSARD, professeur de Droit civil à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Dijon. 1969.
- Tome 93. — GOUBEAUX (G.), agrégé des Facultés de Droit. *La règle de l'accessoire en droit privé*. Préface de D. TALLON, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy. 1969.
- Tome 94. — SAYAG (A.), licencié ès lettres, docteur en droit. *Essai sur le besoin créateur de droit*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 95. — BLONDEL (P.), docteur en droit. *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*. Préface de A. PONSARD, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dijon. 1969.
- Tome 96. — DUPICHOT (J.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Clermont-Ferrand. *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*. Préface de J. FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 97. — MALAN (F.), docteur en droit. *Les offres publiques d'achat (O.P.A.) ; l'expérience anglaise*. Préface de A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 98. — HONORAT (J.), docteur en droit. *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*. Préface de J. FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 99. — ISSAD (M.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques d'Alger. *Le jugement étranger devant le juge de l'exquatur de la révision du contrôle*. Préface de M. LOUSSOUARN, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.
- Tome 100. — MARMIER (M.-P.), docteur en droit. *Sociologie de l'adoption*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 101. — SIMLER (Ph.), docteur en droit, diplômé de l'Institut d'Etudes politiques. *La nullité partielle des actes juridiques*. Préface de A. WEILL, doyen de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Lyon. 1969.
- Tome 102. — AZEMA (J.), docteur en droit. *La durée des contrats successifs*. Préface de R. NERSON, doyen de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Strasbourg. 1969.

- Tome 103. — FAYARD (M.C.), chargée de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon. *Les impenses*. Préface de R. NERSON, doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon. 1969.
- Tome 104. — MENDEGRIS (R.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Grenoble. *La nature juridique de la compensation*. Préface de P. CATALA, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 105. — SOINNE (B.), maître-assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lille. *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*. Préface de J. PATARIN, professeur à la Faculté de droit et des Sciences économiques de Lille. 2 vol. 1969.
- Tome 106. — GEBLER (M.-J.), maître-assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy. *Le droit français de la filiation et la vérité*. Préface de D. TALLON, doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy. 1970.
- Tome 107. — ALEXANDRE (D.), maître-assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Strasbourg. *Les pouvoirs du juge de l'exécutat*. Préface de A. WEILL, doyen de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Strasbourg. 1970.
- Tome 108. — LE TOURNEAU (Ph.), docteur en droit. *La règle « nemo auditur »*. Préface de P. REYNAUD, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970. Epuisé.
- Tome 109. — AUBERT (J.-L.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy. *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*. Préface de J. FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.
- Tome 110. — OTTENHOFF (R.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rennes. *Le Droit pénal et la formation du contrat civil*. Préface de H. BLAISE, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.
- Tome 111. — ISSA (H.M.), chargé de cours à l'Université d'Assiout. *Capitalisme et sociétés anonymes en Egypte*. Préface de A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.
- Tome 112. — GUGGENHEIM (D.), docteur en droit, avocat au Barreau de Genève, Master of Comparative Jurisprudence, New York University. *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*. Préface de H. KOFMANN, professeur à la Faculté de Droit de Genève. 1970.
- Tome 113. — MOUREY (J.-L.), docteur en droit, docteur en psychologie et sociologie économiques, diplômé de l'Institut d'Etudes politiques, diplômé de l'Institut de Droit et d'Economie comparés. *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.
- Tome 114. — MERON (Y.), docteur en droit. *L'obligation alimentaire entre époux en droit musulman hanéfite*. Préface de Ch. CHEHATA, professeur associé à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.
- Tome 115. — MAURICE (R.), docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon, lauréat de la Faculté. *Le commissaire-priseur et les ventes publiques de meubles*. Préface de A. ROBERT, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon. 1971.
- Tome 116. — CRAFFE (M.), docteur en droit, chargée de recherche au Centre national de la Recherche scientifique. *La puissance paternelle en droit anglais*. Préface de R. DAVID, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de l'Université d'Aix-Marseille. 1971.
- Tome 117. — HAUSER (J.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Paris, maître de conférences agrégé. *Objectivisme et subjectivisme*

- dans l'acte juridique. Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.
- Tome 118. — SCHMIDT (A.), docteur en droit. *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M.-S.A.C.D. - Contrats de représentation*, Préface de H. DESBOIS, S.A.C.E.M.-S.A.C.D. - *Contrats de représentation*, Préface de H. DESBOIS, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.
- Tome 119. — PILLEBOUT (J.-F.), docteur en droit. *Recherches sur l'exception d'inexécution*. Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.
- Tome 120. — CHAMPENOIS (G.), maître de conférence agrégé à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de l'Université de Dijon. *Réclamation d'état et revendication d'enfant légitime*. Préface de J. FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.
- Tome 121. — COUTURIER (G.), docteur en droit, agrégé des Facultés de Droit. *La confirmation des actes nuls*. Préface de J. FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1972.
- Tome 122. — ALTER (M.), maître de conférences agrégé à la Faculté de Droit de l'Université des Sciences sociales de Grenoble, professeur à la Faculté de Droit et des sciences économiques de Beyrouth. *L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels*. Préface de P. CATALA, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris II. 1972.
- Tome 123. — BAUDRON (A.-M.), docteur en droit. *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 9167*. Préface de C. GAVALDA, professeur de droit commercial à l'Université de Paris I. 1972.
- Tome 124. — BOUT (R.), maître de conférences agrégé à la Faculté de Droit et de science politique d'Aix-Marseille. *La gestion d'affaires en droit français contemporain*. Préface de P. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille. 1972.
- Tome 125. SERLOOTEN (P.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de droit et des Sciences économiques de Limoges, lauréat de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse. *Les biens réservés*. Préface de P. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de l'Université des Sciences sociales de Toulouse. 1973.
- Tome 126. — Retiré de la vente.
- Tome 127. — DUPEYRON (Ch.), chargé de cours à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. *La régularisation des actes nuls*. Préface de P. HÉBRAUD, professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1973. Epuisé.
- Tome 128. — BENABENT (A.), assistant et chargé d'enseignement à l'Université de Paris X-Nanterre. *La chance et le droit*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à l'Université de Droit de Paris II. 1973.
- Tome 129. — PUECH (M.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de Strasbourg. *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*. Préface de A. RIEG, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de Strasbourg. 1973.
- Tome 130. — MICHELET (E.), docteur en droit, maître-assistant à la Faculté de droit et des Sciences économiques de Paris. *La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire*. Préface de M. PERROT, professeur à l'Université de Droit de Paris. 1973.
- Tome 131. — BERGEL (J.-L.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille. *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*. Préface de E. BERTRAND, directeur de l'Institut d'études judiciaires de l'Université d'Aix-Marseille. 1973.
- Tome 132. — BERLIOZ (G.), docteur en droit. *Le contrat d'adhésion*. Préface de B. GOLDMAN, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences sociales de Paris II. 2^e éd. 1976.
- Tome 133. — PENNEAU (J.), docteur en médecine, docteur en droit. *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. Préface de A. TUNC, professeur à l'Université de Paris I. 1973. Epuisé.

- Tome 134. — MARTIN (D.), maître de conférences agrégé. *L'entreprise agricole dans les régimes matrimoniaux*. Préface de J. BEGUIN, professeur à la Faculté de Droit de Rennes. 1974.
- Tome 135. — ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.), docteur en droit, lauréate du concours général des Facultés de Droit (1960 et 1962). *Essai sur la notion de réparation*. Préface de P. HÉBRAUD, professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. 1974.
- Tome 136. — POULIQUET (J. de), licenciée ès lettres, docteur en droit, chargée de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Nice. *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires* (de l'influence de la profession sur les mécanismes de la responsabilité). Préface de P.-A. SIGALAS, professeur des Facultés de Droit. 1974. Epuisé.
- Tome 137. — GUERRIERO (M.-A.), docteur en droit. *L'acte juridique solennel*. Préface de J. VIDAL, professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. 1975.
- Tome 138. — PIERRE-FRANÇOIS (G.L.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Oran. *La notion de dette de valeur en droit civil*. Essai d'une théorie. Préface de P. RAYNAUD, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. 1975.
- Tome 139. — TEYSSIE (B.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Montpellier. *Les groupes de contrats*. Préface de J.-M. MOUSSERON, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Montpellier. 1975.
- Tome 140. — CRIONNET (M.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Besançon. *Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français*. Préface de A. FRANÇON, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. 1975.
- Tome 141. — TEMPLE (H.), docteur en droit, assistant au Centre Universitaire de Perpignan. *Les sociétés de fait*. Préface de J. CALAIS-AULROY, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Montpellier. 1975.
- Tome 142. — PAPACHRISTOS (A.-C.), docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit d'Athènes. *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à l'Université de Paris-II. 1975.
- Tome 143. — TOMASIN (D.), docteur en droit, chargé de cours à l'Université des Sciences sociales de Toulouse-I. *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Préface de P. HÉBRAUD, professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse-I. 1975.
- Tome 144. — ROZES (L.), maître-assistant à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. *Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué*. Préface de P. HÉBRAUD. 1976.
- Tome 145. — GUINCHARD (S.), chargé de cours à la Faculté de Droit de l'Université Jean-Moulin de Lyon. *L'affectation des liens en Droit privé français*. Préface de R. NERSON, professeur à la Faculté de Droit de l'Université Jean-Moulin. 1976.
- Tome 146. — GENIN-MERIC (R.), docteur en droit. *La maxime locus regit actum, nature et fondement*. Préface de J. VINCENT, professeur à la Faculté de Droit de l'Université Jean-Moulin de Lyon-III. Doyen honoraire. 1976.
- Tome 147. — PATENAUDE (P.), professeur agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke. *La protection des conversations en droit privé*. Etude comparative des droits américain, anglais, canadien, français et québécois. Préface de J.-L. BAUDOUIN, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal. 1976.
- Tome 148. — PETRANKER (L.), docteur en droit de propriété industrielle. *Droit français et droit allemand en matière de brevets concernant la protection de différentes inventions dans le domaine de la chimie*. Préface de A. FRANÇON, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris.
- Tome 149. — GASTAUD (J.-P.), docteur en droit. *Personnalité morale et*

- droit subjectif*. Préface de J.-P. SORTAIS, professeur des Facultés de droit. 1977.
- Tome 150. — MIGUET (J.), maître-assistant à l'Université des sciences sociales de Toulouse 1. *Immutabilité et évolution du litige*. Préface de P. HÉBRAUD, professeur honoraire à l'Université des sciences sociales de Toulouse. 1977.
- Tome 151. — DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), docteur en droit. *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*. Préface de M. GOBERT, professeur à l'Université de Lille II. 1977.
- Tome 152. — *L'information en droit privé*. Travaux de la conférence d'agrégation, sous la direction de Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE par I. TALLON-FROUIN, M. CHERIF SALAH BEY, N. GUIMEZANES, M. BUY, E. ESCOLANO, J. VEZIAN, G. BERLIOZ, C. LUCAS de LEYSSAC, B. BONJEAN, M. CONTAMINE-RAYNAUD, M. CREMIEUX, J.-C. COVIAUX et A. DU CHEYRON. Préface de Y. LOUSSOUARN. 1978.
- Tome 153. — RAVANAS (Jacques), docteur en droit. *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Préface de P. KAYSER. 1978.
- Tome 154. — MALINVERNI (Pierre), docteur en droit, ancien élève de l'E.N.A., directeur des services juridiques et fiscaux de la Fédération des chambres syndicales des métaux. *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*. Préface de J. HEMARD. 1978.
- Tome 155. — MARTY (Jean-Pierre), docteur en droit. *Dissociation juridique de l'immeuble*. Préface de P. HÉBRAUD. 1979.
- Tome 156. — VIANDIER (A.), Docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rouen. *La notion d'associé*. Préface de F. TERRÉ, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. 1978.
- Tome 157. — CORLAY (P.), Docteur en Droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Bretagne occidentale. *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*. Préface de J.-D. BREDIN, professeur à la Faculté de Droit de Paris I. 1978.
- Tome 158. — LE CANNU (P.), Docteur en droit, Assistant à la Faculté de Droit de Bordeaux. *La société anonyme à directoire*. Préface de J. DERRUPPE, Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux. 1979.
- Tome 159. — AUDIER (J.), Docteur en droit, Assistant à l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille. *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*. Préface de P. KAYSER, professeur honoraire à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille. 1979.
- Tome 160. — MESTRE (J.), Chargé de cours à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille. *La subrogation personnelle*. Préface de P. KAYSER, professeur honoraire de l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille. 1979.
- Tome 161. — MAGNAN (J.-L.), Docteur en droit, Notaire associé à Paris. *Le notariat et le monde moderne*. Préface de J. DERRUPPE, professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux. 1979.
- Tome 162. — GRIDEL (J.-P.), Docteur en droit. *Le signe et le droit (Les bornes - Les uniformes - La signalisation routière et autres)*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1979.
- Tome 163. — NERET (J.), Docteur en droit. *Le sous-contrat*. Préface de P. CATALA, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. 1979.
- Tome 164. — SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Docteur en droit, assistante à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. *Le droit de préemption*. Préface de P. RAYNAUD, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. 1979.
- Tome 165. — KORNPROBST (E.), Docteur en droit. *La notion de bonne foi, application au droit fiscal français*. Préface de J. SCHMIDT, professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), 1980.

PREFACE

Le formalisme au sens large et les formalités qui précèdent aujourd'hui les ventes d'immeubles ont donné à la promesse unilatérale de vente une importance pratique accrue. Elle est très généralement le préalable de la vente proprement dite. Jointe à un contrat de location, elle favorise l'accession à la propriété des titulaires de revenus modestes. Son but est de fixer l'offre pendant un certain délai à des conditions déterminées. A ce titre elle se situe entre l'offre et le contrat définitif de vente, dont elle exprime déjà les éléments essentiels, c'est-à-dire la chose et le prix.

L'intérêt majeur de la thèse de Madame Schmidt est de bien mettre en lumière l'originalité profonde de cette promesse qui est en réalité un véritable contrat qu'elle qualifie contrat d'option de vente puisque le bénéficiaire, par définition, doit avoir le choix d'acheter ou de ne pas acheter.

Malgré une apparente contradiction dans les termes, Madame Schmidt démontre d'abord que ce contrat d'option, bien que simple promesse unilatérale de vente, est bel et bien un contrat synallagmatique. Certes seul le promettant s'oblige à vendre, tandis que le bénéficiaire reste libre de son choix. Mais l'engagement du promettant, dans la pratique, comporte presque toujours une contrepartie, appelée indemnité d'immobilisation. Si le bénéficiaire ne lève pas l'option dans le délai convenu, ou, en l'absence de délai, après mise en demeure, il devra laisser au promettant le montant de cette indemnité qui s'analyse alors comme la contrepartie de la promesse unilatérale. De l'existence normale de ces obligations réciproques Madame Schmidt déduit à juste titre le caractère synallagmatique du contrat.

En revanche, de ce que le bénéficiaire doit rester libre de son choix, elle déduit d'abord que l'indemnité d'immobilisation ne doit pas être d'un montant excessif, et ensuite qu'elle ne constitue pas une clause pénale, susceptible de réduction judiciaire, puisqu'il n'y a pas d'inexécution d'une obligation d'acquiescer par définition inexistante.

Ce contrat synallagmatique est également, pour Mme Schmidt, un contrat autonome.

Il se distingue tout d'abord du contrat de vente, au point que le législateur a dû intervenir par la loi du 19 décembre 1963 afin d'imposer l'enregistrement de la promesse unilatérale et empêcher

ainsi qu'elle ne développe une vie souterraine libérée des contraintes fiscales qui pèsent sur les ventes d'immeubles.

A la différence du contrat de vente le contrat d'option ou de promesse unilatérale de vente ne fait naître qu'un simple droit de créance. Celui-ci n'en est pas moins opposable aux tiers qui, en connaissance de cause, auraient acquis l'immeuble. Les règles de la publicité foncière sont alors écartées pour sanctionner cette complicité dans la violation du contrat d'option. Madame Schmidt regrette cependant qu'un aménagement de la publicité foncière n'ait pas mieux assuré la protection des bénéficiaires d'une promesse unilatérale de vente.

Elle souligne à cet égard le caractère illogique de la protection réservée aux restrictions au droit de disposer dont le législateur a fait bénéficier le simple pacte de préférence alors qu'il ne l'accordait pas à la promesse unilatérale de vente. C'est d'autant plus paradoxal que le pacte de préférence ne comporte ni engagement de vendre, ni détermination d'un prix.

Madame Schmidt montre également ce qui sépare la promesse unilatérale de vente du contrat préliminaire entièrement soumis au régime impératif instauré par la loi de 1967.

Finalement la thèse de Madame Schmidt, à partir d'une étude très approfondie de la jurisprudence et de la pratique, apporte toute une série de précisions sur une institution particulièrement vivante et complexe. Elle en renouvelle, en même temps, l'analyse théorique. Son ouvrage est ainsi une véritable thèse, au plein sens du terme. Il convient d'en souligner l'intérêt et la qualité.

Un projet de loi, actuellement soumis au Parlement, entend éliminer les thèses de doctorat d'Etat, qui ne seraient que vains exercices académiques. La thèse de Madame Schmidt montre cependant, qu'au moins dans les disciplines juridiques, il ne peut y avoir de réponse correcte à des questions extrêmement pratiques qu'à partir d'une analyse en profondeur, que seule la thèse de doctorat permet de réaliser. Il reste à espérer que le Parlement, mieux inspiré, renonce à détruire l'un des instruments les plus efficaces du développement de la pensée juridique.

Jacques GHESTIN
le 1^{er} juin 1983

PLAN GENERAL

INTRODUCTION GENERALE	23
<i>TITRE I^{er}</i>	
LE CONTRAT D'OPTION EST UN CONTRAT SYNAL- LAGMATIQUE	33
<i>SOUS-TITRE I^{er}</i>	
LES OBLIGATIONS DES CONTRACTANTS	35
<i>CHAPITRE I^{er}</i>	
L'OBLIGATION DU PROMETTANT	37
<i>Section I.</i>	
Le contenu de l'obligation	37
<i>Section II.</i>	
La nature de l'obligation	43
<i>Section III.</i>	
La violation de la promesse	46
<i>CHAPITRE II.</i>	
L'OBLIGATION DU BENEFICIAIRE OU LA CONTRE- PARTIE DE L'OBLIGATION DU PROMETTANT	49
<i>Section .</i>	
La nature de la contrepartie	50
<i>Section II.</i>	
La forme de la contrepartie	54
<i>Section III.</i>	
Le régime de la contrepartie	58
<i>CHAPITRE III.</i>	
LES OBLIGATIONS DES CONTRACTANTS SONT CEL- LES D'UN CONTRAT SYNALLAGMATIQUE	67
<i>Section I.</i>	
La symétrie des obligations dans le contrat d'option.	67
<i>Section II.</i>	
La connexité dans le contrat d'option	71

SOUS-TITRE II.

NATURE DU CONTRAT D'OPTION	75
----------------------------------	----

CHAPITRE I^{er}.

LE CONTRAT EST UN CONTRAT DE NATURE SYNALLAGMATIQUE	77
---	----

Section I.

Le contrat d'option n'est pas un contrat unilatéral ..	77
--	----

Section II.

Le contrat peut être qualifié de « contrat virtuellement synallagmatique »	81
--	----

Section III.

Le contrat d'option doit être considéré comme un contrat de nature synallagmatique	83
--	----

CHAPITRE II.

LE CONTRAT D'OPTION ET LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE	87
--	----

Section I.

Le domaine d'application de l'article 1589 c. c.	88
---	----

Section II.

L'article 1589 du Code civil et la convention des parties	91
---	----

Section III.

L'autonomie de la promesse synallagmatique	98
--	----

CONCLUSION DU TITRE I ^{er}	103
---	-----

TITRE II.

LE CONTRAT D'OPTION EST UN CONTRAT AUTONOME	105
---	-----

SOUS-TITRE I^{er}

LE CONTRAT D'OPTION SE DETACHE TOTALEMENT DU CONTRAT DE VENTE	109
---	-----

CHAPITRE I^{er}.

LE DROIT NE DU CONTRAT D'OPTION	111
---------------------------------------	-----

Section I.

Notion du droit d'option	111
--------------------------------	-----

Section II.

Protection du droit d'option	123
------------------------------------	-----

CHAPITRE II.

LA PROMESSE UNILATERALE DE VENTE, TECHNIQUE EMPLOYEE COMME INSTRUMENT DE FRAUDE.	137
<i>Section I.</i>	
La promesse unilatérale a été utilisée comme moyen de fraude	138
<i>Section II.</i>	
Réaction du législateur. Loi du 19 déc. 1963	150
<i>Section III.</i>	
Portée de la sanction édictée par la loi du 19 déc. 1963.	157

CHAPITRE III

LE CONTRAT D'OPTION, CONTRAT SPECIAL DESTINE A REALISER DES OBJECTIFS DETERMINES	161
<i>Section I.</i>	
Le contrat d'option permet de réaliser des opérations qui auraient été irréalisables sans son concours	162
<i>Section II.</i>	
Locations assorties de promesse de vente	165
<i>Section III.</i>	
Danger du formalisme. L'option, élément essentiel du contrat, est-elle respectée ?	175

SOUS-TITRE II.

LE CONTRAT D'OPTION EST UN CONTRAT ORIGINAL.	181
--	-----

CHAPITRE I^{er}.

LE CONTRAT D'OPTION EST DISTINCT DU PACTE DE PREFERENCE	183
<i>Section I.</i>	
Notion de l'institution	183
<i>Section II.</i>	
Régime de l'institution	187

CHAPITRE II.

LE CONTRAT D'OPTION EST DISTINCT DU CONTRAT PRELIMINAIRE	191
<i>Section I.</i>	
Le contrat préliminaire doit être impérativement celui de la loi de 1967 et ce contrat est très différent du contrat d'option	194
<i>Section II.</i>	
Serait-il souhaitable de restreindre le champ d'application de la loi du 3 janvier 1967 ?	200

CONCLUSION GENERALE	211
---------------------------	-----

INTRODUCTION GENERALE

1. L'homme devrait être toujours prêt à « s'étonner » et à remettre en question les données qui lui paraissent les plus naturelles. « En m'étonnant, dit Aristote, je prends conscience de mon ignorance. Je cherche à savoir mais seulement pour savoir et non pour contenter quelque exigence en ce domaine. » On a pu ainsi reprocher aux théoriciens du droit de ne pas avoir conscience qu'il pourrait ne pas y avoir toutes ces pratiques juridiques que nous connaissons et combien il est étrange qu'elles existent¹. Cette démarche est en quelque sorte celle que nous nous proposons de suivre dans cette étude.

La promesse est l'expression d'une parole donnée que l'on doit respecter. La promesse unilatérale de vente en est la traduction juridique. C'est dans le domaine du droit des affaires qu'elle a trouvé sa principale application. Elle a fait l'objet de nombreuses études. Chacune d'entre elles correspond à une étape dans l'évolution de cette institution.

Néanmoins, nous pensons qu'elle peut encore nous « étonner » non seulement par sa définition actuelle et par la place qu'elle occupe dans le droit des contrats, mais encore par le fait qu'elle reste l'expression d'un volontarisme individuel dans un monde juridique de plus en plus marqué par le dirigisme.

2. Création entièrement prétorienne jusqu'à une époque relativement récente, elle est atteinte aujourd'hui par la réglementation qui a envahi le droit des contrats et restreint le principe de la liberté contractuelle tel qu'il est traditionnellement conçu.

Mais cette immixtion législative ne se manifeste que dans les hypothèses déterminées à seule fin de protéger l'Etat et le « consommateur ». Le principe demeure : la promesse est encore une institution qui sauvegardera la liberté contractuelle. Elle fait néanmoins ressortir que la promesse est devenue un véritable contrat spécial et c'est là sans doute une nouvelle étape de son développement qui en justifie aujourd'hui l'étude.

On peut affirmer que désormais le contrat de promesse uni-

1. Paul Amselek, L'étonnement devant le droit, Archives de Philosophie du Droit, 1968, p. 163.

latérale de vente est devenu un contrat spécial que nous aimerions appeler par conséquent « contrat d'option de vente » et ceci pour deux raisons : la première est que son objet unique est de consentir une option de vente. L'option est de l'essence du contrat. Il est donc préférable de préciser son objet comme on le fait pour les autres contrats spéciaux. La seconde raison est que le contrat de promesse n'est pas un contrat unilatéral. Le terme « unilatéral » ne sert qu'à exprimer que seul le promettant s'est engagé à vendre. Cette appellation n'est pas nouvelle. Elle existe déjà dans certains pays étrangers tels que l'Italie qui connaît le « patto di opzione ». En France même, certains juristes ont critiqué la formule classique et ont affirmé leur désir d'une formule contenant le mot « option » tels que « contrat d'option »² ou pacte d'option³.

Le contrat d'option de vente est un contrat spécial au sens juridique du terme c'est-à-dire qu'il a ses éléments propres, ses règles spéciales et qu'il répond à un besoin essentiel et particulier des contractants.

3. *Il a ses éléments propres.* Notamment, le droit qui naît de ce contrat est un droit spécifique, c'est le droit d'option. Il est totalement distinct de celui auquel le contrat de vente donne naissance. « C'est par une erreur d'interprétation du but de la promesse de vente qu'on a pu voir dans cet acte la source du droit définitif » écrit M. J.-M. Verdier, « l'avant-acte a justement pour but de reculer le moment où la propriété sera transférée »⁴. La jurisprudence a qualifié ce droit, droit personnel : « la promesse unilatérale n'a pas pour effet de transmettre à celui qui en est bénéficiaire ni la propriété, ni aucun droit immobilier sur le bien qui en est l'objet » décide la Chambre des Requêtes dans l'arrêt de principe du 26 novembre 1935⁵. Le contrat d'option ne transfère pas la propriété et ne donne pas naissance à une obligation de donner. On ne trouve dans la promesse aucun des deux éléments qui définissent la vente, le transfert de propriété et l'obligation de livrer la chose et de payer le prix.

Ce droit personnel est tout de même un droit original qui se distingue des autres droits de créance en ce qu'il s'exerce « à travers le débiteur » sur un bien déterminé du patrimoine du débiteur, *le bien promis*. Le bénéficiaire ne s'estime satisfait que lorsqu'il exerce librement son choix sur ce bien. Il désire que le promettant, tout en restant propriétaire, ne puisse plus disposer de son bien. C'est au sujet de cette question, la protection du droit d'option, qu'une évolution est souhaitable.

Ce droit personnel et spécifique, né d'un contrat parfaite-

2. G. Rebour, De la cause d'option dans les contrats et de son application spécialement en matière commerciale, Les presses modernes, thèse, Paris, 1927.

3. Boyer, Encyclopédie Dalloz, Vo promesse de vente.

4. J.-M. Verdier, Les droits éventuels, Thèse Paris, 1955, p. 104.

5. D. 1936, 1, 37.

ment autonome, a le caractère d'un droit actuel que le bénéficiaire peut exercer pendant tout le délai stipulé dans la convention.

4. *Il répond à un besoin essentiel et particulier des contractants.* Ceux-ci ont le désir de moduler leur contrat de vente ; de créer une situation juridique d'incertitude pendant laquelle leur situation de droit reste inchangée par rapport à un bien déterminé mais durant laquelle ils ont des droits réciproques pouvant être protégés. Le bénéficiaire doit avoir un véritable « pouvoir » sur cette situation c'est-à-dire la possibilité de l'éteindre purement et simplement ou de la transformer en une situation définitive. Le contrat d'option est la seule véritable convention qui permet de différer la formation du contrat de vente. Des spécialistes diront qu'elle est la seule véritable promesse de vente⁶ écartant ainsi la promesse synallagmatique qui recouvre plusieurs contrats provisoires aux effets divers et présente aussi des difficultés délicates à résoudre⁷.

Les contractants ont vu dans ce contrat de telles facultés d'utilisation que leur nombre s'est rapidement multiplié. Ils ont alors cherché à équilibrer leur contrat en établissant une équivalence dans les prestations. Le contrat d'option est devenu un véritable contrat synallagmatique par nature. M. K. Zweigert, professeur à l'université d'Hambourg, écrit⁸ : « Partout sur le globe, nous trouvons la connaissance qu'une promesse qui oblige juridiquement son auteur est généralement donnée contre le paiement d'un prix ou d'une prestation. Une donation et une promesse à titre gratuit ont au contraire en droit quelque chose d'anormal ». Cette conception se conçoit d'autant mieux que la force obligatoire reconnue à la déclaration unilatérale de volonté rend inutile, dans les pays germaniques, le contrat destiné à rendre l'offre irrévocable. La promesse sert alors uniquement à insérer dans le champ contractuel des stipulations librement débattues entre les parties et sortant du droit commun de l'offre.

En Angleterre et aux Etats-Unis, on ne considère une promesse de prestation ou de paiement comme sérieuse que lorsqu'elle comporte un sacrifice de la part du bénéficiaire de la promesse : on appelle cette prestation, la « consideration ». La « consideration » est la condition de validité de tous les contrats⁸. En règle générale, une promesse n'est vraiment sérieuse au plan juridique que lorsqu'elle s'accompagne d'une contrepartie.

D'une notion mal définie, se distinguant mal de la promesse bilatérale ou d'une simple sollicitation, le contrat d'option est, à l'heure actuelle, une convention parfaitement maîtrisée.

6. V. infra sous-titre II, chapitre II, Contrat d'option et promesse synallagmatique.

7. H. Thuillier, Les chausse-trappes de la promesse de vente : J.C.P. 1980, éd. N., n. 7548.

8. Roderick Munday, in La formation du contrat, 1976, Institut de droit comparé, p. 77.

Konrad Zweigert, Du sérieux de la promesse, Rev. int. dr. comp., 1964, n° 1, p. 33-44.

5. *Il a ses règles spéciales.* Un seul critère permet de le qualifier : le choix laissé au bénéficiaire de sa décision finale. Lorsque l'interprétation de la convention est nécessaire, les juges doivent s'attacher à rechercher si le bénéficiaire était totalement libre de sa décision. Les règles spécifiques s'appliquant aux contrats d'option de vente ainsi définis et la difficulté pour les juges sera de décider si les éléments de fait dont ils disposent permettent de dégager cette qualification. La capacité et la validité du consentement seront jugées à des moments différents : pour le promettant, ce sera au moment de la conclusion du contrat d'option puisque celui-là n'a pas besoin d'être renouvelé ; pour le bénéficiaire, ce sera au moment de la levée d'option, le contrat de vente étant formé alors seulement.

Mais cette liberté contractuelle que nous venons de constater ne saurait se maintenir dans son intégralité dans un monde juridique marqué par le dirigisme. La réglementation qui envahit le droit des contrats atteint la promesse de vente. Elle va jusqu'à l'interdire avant l'arrêté de lotissement et dans les ventes en l'état futur d'achèvement. Elle lui impose un formalisme : enregistrement ou authentification ; elle restreint sa libre utilisation lorsque l'acquéreur fait appel au crédit.

Dans ces conditions, peut-on encore dire que ce contrat est l'expression d'une volonté autonome comme on l'a affirmé à juste titre depuis son origine, et qu'il jouit encore d'une réelle liberté contractuelle ?

I — *Le contrat d'option est l'expression d'une volonté autonome.*

6. Le droit canonique, après avoir admis la force obligatoire du contrat en raison du serment qui l'accompagnait parfois⁹ avait reconnu la validité de la promesse en elle-même indépendamment de toute forme ou solennité. La promesse devait être exécutée parce que la parole donnée devait être respectée.

Pothier qui, en partie, a inspiré les rédacteurs du Code civil, fondait, malgré l'influence de la théorie philosophique de l'autonomie de la volonté, ses idées fondamentales sur le respect de la parole donnée¹⁰. C'est pourquoi dans son « *Traité du contrat de vente* », cet éminent juriste n'exige à aucun moment une forme quelconque pour la promesse (n. 476) : « Une promesse de vendre est une *convention* par laquelle quelqu'un s'oblige envers un autre de lui vendre une chose... Il y a une grande différence entre la promesse de vendre et la vente même. Celui qui vous promet de vous vendre une chose ne la vend pas encore, il contracte seulement l'obligation de vous la vendre lorsque vous le requerez... c'est une véritable convention qui est intervenue entre vous et

9. H.-L. et J. Mazeaud, *Leçons de Droit civil*, 5^e éd., t. II par M. de Juglart, n. 61.

10. Pothier (*Traité des obligations*, Ch. I, sect. 3) écrit que si, dans le droit romain le simple consentement n'oblige pas, le principe a été condamné en droit français comme contraire au droit naturel ; dans le droit naturel, un homme qui a donné sa parole doit la tenir.

moi ; sans cela c'est un simple discours qui ne renferme aucune obligation... la promesse de vendre est une convention par laquelle il n'y a que celui qui promet de vendre qui s'engage, celui à qui la promesse est faite ne contracte de sa part aucune obligation ».

Pothier insiste sur le caractère contractuel de la promesse et sur la nécessité d'une volonté claire des contractants. Comme toute stipulation contractuelle, l'offre devient alors irrévocable.

7. Le Code civil est néanmoins pratiquement muet sur les promesses. Il ne leur consacre qu'une disposition, l'article 1589, et celui-ci n'est en réalité qu'une application du principe du consensualisme adopté par ses rédacteurs. Les difficultés que souleva ce texte ne furent pas négligeables : on se demanda quelles promesses étaient visées par le texte, on en vint même à douter de la validité des promesses unilatérales de vente en se fondant justement sur le fait que le Code n'avait visé que les promesses bilatérales. Pour rejeter les promesses unilatérales, on alléguait qu'il s'agissait d'une convention affectée d'une condition purement potestative et nulle par application de l'article 1174 du Code. L'argument fut vite abandonné puisque la condition potestative n'était le fait que du créancier de l'obligation. En réalité, il ne s'agit pas non plus d'un contrat de vente sous condition mais d'un contrat parfait qui se suffit à lui-même. Le Code civil, qui a consacré la liberté contractuelle en 1804, admet toutes les conventions dans la mesure où elles ne sont pas contraires à l'article 6 du Code civil. Il admet donc le principe des promesses unilatérales¹¹.

Cependant, si le droit du XIX^e siècle est imprégné de libéralisme, si l'individu et la volonté qu'il exprime sont les sources du droit positif, sous l'effet du développement industriel et commercial et de l'évolution économique et sociale, le contrat n'est plus l'expression de deux ou plusieurs volontés libres mais celle d'une volonté économique forte. La convention rend évidente l'inégalité entre employeurs et salariés, professionnels et profanes. Les contrats librement négociés font place aux contrats d'adhésion et aux contrats types. Dans le souci d'assurer un équilibre contractuel compromis ; le législateur s'immisce dans les relations contractuelles ; il interdit certains contrats, en impose d'autres et détermine leur contenu. Le principe de l'article 6 demeure en vigueur mais l'ordre public se développant par de nombreuses lois impératives, la liberté d'action des contractants se restreint d'autant. On parle de la déstabilisation du contrat et de dirigisme contractuel. La vision idyllique d'une convention conclue entre deux partenaires de même poids ne correspond plus à la réalité économique ; le contrat échappe largement dans sa rédaction et son contenu aux deux parties¹².

11. Art. 1174 : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. »

Art. 6 (C. civil) : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

12. L. Michel Armand-Prevost et Daniel Richard, *Le contrat déstabilisé*, J.C.P. 1979, I, 2952.

8. La promesse unilatérale a été épargnée par cette vague de lois impératives. La liberté contractuelle, dérivée du dogme de l'autonomie de la volonté et qui se manifeste par la faculté de contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer librement (en accord avec l'autre partie) les clauses du contrat¹³ se retrouve intacte au milieu du xx^e siècle. Elle n'est visée par aucune des lois concernant la vente. De ce fait, elle est de plus en plus couramment utilisée parce qu'elle offre des intérêts grandissants. Elle permet à l'acquéreur de retarder le paiement des droits de mutation parce qu'elle n'est pas translatrice de propriété. Celui-ci peut alors retenir un bien pendant un certain délai sans acquitter d'autres droits que le droit fixe¹⁴. De plus, la stipulation d'un « dédit » n'ayant pas pour objet de transformer la promesse unilatérale en promesse translatrice de propriété ne rend pas exigible l'impôt afférent à la mutation¹⁵.

Toutefois, la promesse unilatérale a été employée à d'autres fins. Elle procurait notamment, en période de crise immobilière, de substantiels revenus à ceux qui réalisaient des cessions occultes en ne payant qu'une seule fois les droits de mutation. Elle a ainsi permis des fraudes fiscales.

Les biens immobiliers et les fonds de commerce prirent dans les périodes d'après-guerre une valeur considérable. La promesse unilatérale est alors utilisée de plus en plus fréquemment. Elle est très souvent adjointe à un bail : le bailleur a un acquéreur éventuel et la possibilité de recevoir un loyer supérieur à celui d'une simple location. L'option représente un *véritable bien*, objet de convoitise et instrument de spéculation. L'obligation du promettant est devenue un bien, constate M. P. Reynaud, parce qu'elle est une « valeur économique » comparable à celle que constituent les choses corporelles ou incorporelles sur lesquelles portent les droits réels et à cet égard les droits personnels se rapprochant des droits réels en ce sens qu'ils portent les uns et les autres sur une valeur¹⁶.

9. Parce que l'obligation du promettant est une valeur économique, le bénéficiaire désire que son droit d'option soit efficacement protégé. C'est aussi pour cette raison que le promettant ne consent l'option que lorsqu'il reçoit une contrepartie satisfaisante. (Elle est, à l'heure actuelle, généralement de 10 % du prix total lorsqu'elle est pécuniaire.)

L'option de vente est un véritable bien cessible et transmissible dont le bénéficiaire veut jouir en véritable propriétaire. Il désire avoir un pouvoir absolu sur la situation juridique qu'il a créée

13. V. J. Ghestin, *Le contrat*, 1980, n. 39.

14. La promesse unilatérale de vendre un objet ne donne ouverture aux droits ou taxes qui frappent les mutations tant qu'une autre personne n'a pas pris l'engagement d'acheter, (Cass. civ. 13 janvier 1869 : Dict. Enreg. n. 4506).

15. Cass. Req. 19 mars 1839 : Dict. Enreg. n. 4508.

16. P. Reynaud, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, Cours de Doctorat, 1978-79, n. 21.

en accord avec son cocontractant. Il serait donc souhaitable que le droit français lui donne cette satisfaction qu'il lui refuse jusqu'à présent. Le décret du 4 janvier 1955 qui a organisé la publicité foncière a évincé expressément la promesse de la publication obligatoire. Peut-être dans un souci de conserver une totale liberté au bénéficiaire que le législateur jugeait dans une situation trop provisoire pour être réglementée. Quoi qu'il en soit, ce rejet fut préjudiciable à la protection du droit d'option.

10. C'est la totale liberté contractuelle dont a joui longtemps la promesse unilatérale qui a permis son utilisation à des fins variées et son adaptation à des contextes sociaux différents. Néanmoins, les parties n'avaient pas toujours conscience de la qualification juridique de leurs conventions. Aussi, la jurisprudence a fait peu à peu son œuvre créatrice de droit en dégagant cette institution spécifique de la pollicitation et de la promesse bilatérale.

Le législateur, par la loi du 19 décembre 1963 (art. 1840-A du code général des impôts) isola définitivement le contrat d'option des autres conventions ou actes juridiques s'en rapprochant. Il lui a donné sa définition, non dans le texte lui-même qui n'en contient pas, mais par l'interprétation restrictive qu'elle implique. En effet, une nullité d'ordre public pour sanctionner une obligation fiscale est si exceptionnelle que les tribunaux ne l'ont appliquée qu'avec réticence. Ils l'ont appliquée de façon très restrictive. Cela supposait donc que la promesse unilatérale qui entrait dans le champ d'application de la loi soit définie avec précision.

Cette mesure législative fut la première. Il y en eut d'autres.

II — *Le contrat d'option jouit-il toujours d'une réelle liberté contractuelle ?*

11. Si la loi de 1963 a définitivement isolé le contrat d'option des autres techniques et a contribué à sa classification parmi les contrats spéciaux, elle n'a pas pour autant limité la liberté contractuelle en ce domaine. Elle ne visait qu'à protéger l'administration fiscale. Ainsi, les contractants ont imaginé divers procédés permettant de se soustraire à cette loi : promesses acceptées seulement au moment de la levée de l'option, promesses dûment acceptées mais dans un écrit séparé ou promesses non datées. Ces procédés présentent de grands inconvénients, ils enlèvent toute sécurité à la promesse dans le cas où un litige survient. Les praticiens ne les encouragent pas¹⁷.

Les promettants ont également imaginé de se soustraire, grâce à la promesse unilatérale, aux règles visant les contrats de vente proprement dits, justement parce qu'elle a une durée provisoire et que les liens créés sont monnayables. Le promettant se fait octroyer une substantielle indemnité tout en concluant une conven-

17. R. Chauveau, *La pratique des compromis*, 1975, J. Delmas et Cie.

tion qui n'entre pas dans le champ d'application de la vente. Ce moyen a été utilisé tant dans les options mobilières qu'immobilières. Or, le contrat de vente est soumis à une réglementation stricte à seule fin de protéger l'acquéreur du vendeur professionnel plus habile. C'est ainsi dans le domaine de la vente du fonds de commerce, la vente à crédit ou la commercialisation des lotissements. Comme le fait observer M. H. Battifol, les exigences auxquelles répond le renouveau du formalisme tiennent à des préoccupations de preuve, d'intérêt général ou de protection de certaines personnes¹⁸. Ici, le catalyseur fut, sans nul doute, le désir de protéger la partie jugée la plus faible. La naissance d'un droit de la consommation visant à protéger le vulnérable « consommateur » (non-professionnel par hypothèse) déclencha un processus qui a des répercussions sensibles sur la liberté contractuelle telle qu'on la définit traditionnellement. Elle atteint alors non seulement les contrats de vente mais encore les contrats d'option. En effet, la vente peut être définitivement et parfaitement conclue par la levée d'option. Le bénéficiaire d'une option a la possibilité de transformer *seul* la situation juridique provisoire créée par le contrat en une situation définitive. Son acceptation de la vente appelée levée d'option réalise avec l'offre contenue dans le contrat d'option l'accord des parties. Le contrat de vente est alors définitif, la vente est parfaite (entre les parties) sans que le consentement du promettant ait besoin d'être renouvelé.

12. C'est la raison pour laquelle le législateur s'est vu dans l'obligation de viser expressément les promesses unilatérales de vente dans les dispositions prises en matière de vente effectuées à l'aide de prêts et destinées à protéger le « consommateur ». Si la liberté contractuelle n'est pas atteinte en ce qui concerne la liberté de contracter et le choix du contractant, il n'en est pas de même quant au contenu du contrat. Mais il s'agit peut-être d'une manière différente d'assurer la liberté contractuelle. Le respect de la volonté des parties était garanti par le contrôle judiciaire, c'est lui qui assurait l'équilibre contractuel et réprimait les abus de position économique. Notre époque ne fait plus totalement confiance au pouvoir judiciaire, on préfère la garantie du pouvoir réglementaire à celle du juge¹⁹. M. Ph. Malinvaud s'interroge également sur le nouveau concept de liberté contractuelle : « de prime abord ce nouveau droit positif apparaît comme une remise en cause du principe de l'autonomie de la volonté sous ses différents aspects. Mais peut-être n'est-ce qu'une apparence ; ... A la réflexion il semble bien que les buts poursuivis de tout temps par le droit ne puissent plus être atteints par les mêmes méthodes, et ce par suite de la modification des rapports de force entre les contractants. C'est par l'autonomie de la volonté qu'en 1804 on pensait assurer la liberté de contracter et l'équilibre du contrat ; mais

18. H. Battifol, La crise du contrat et sa portée, Arch. Philo. Droit, 1968, p. 17.

19. M. Armand-Prévost et D. Richard, (chr. précitée note 12).

ce n'est plus aujourd'hui chose aussi naturelle et c'est par d'autres voies que le législateur a voulu restituer au consommateur une liberté de contracter »²⁰.

13. Nous avons eu successivement la loi du 31 décembre 1976 devenue l'article L. 316-3 du code de l'urbanisme qui interdit, avant l'arrêté de lotissement, toute promesse de vente et les lois relatives à la protection de l'emprunteur mobilier et immobilier (Lois des 10 janvier 1978 et 13 juillet 1979).

Le législateur a désiré également protéger le promoteur des conséquences néfastes d'un marché immobilier qui se révélerait désastreux et qu'il serait obligé d'exécuter pour respecter ses obligations. La loi du 3 janvier 1967 (reprise dans le code de la construction et de l'habitation) a ainsi interdit toute autre promesse de vente autre que le contrat préliminaire. Ici, le législateur veut assurer l'équilibre contractuel et protéger encore la partie qui lui paraît en position défavorable.

Il n'en reste pas moins vrai que l'on peut constater une immixtion flagrante du législateur dans des intérêts purement privés et une menace grave pour la liberté contractuelle en ce domaine. Le concept du contractant s'efface totalement derrière celui du consommateur non expérimenté.

14. Le principe de la liberté contractuelle dans les contrats d'option est sérieusement battu en brèche. Le promettant se voit imposer un contrat sous condition suspensive (dans l'hypothèse où l'acquéreur non-professionnel demande un crédit) pendant laquelle son bien est immobilisé sans contrepartie. Nous verrons que les moyens de défense sont limités et qu'à tout le moins, il ne peut pas se permettre de les ignorer. Il devra donc faire appel à un « homme de l'art », un praticien pour pouvoir ne pas être défavorisé par le contrat qu'il veut conclure. L'équilibre contractuel est pour le moins précaire et peut être compromis, la partie favorisée n'étant pas toujours celle à laquelle on pensait...

Des spécialistes ont également noté que, d'une manière générale, les contractants désirent faire précéder le contrat de vente d'une période de liberté contractuelle. Dans le cas où le formalisme du contrat d'option semblerait trop pesant aux contractants, on verrait apparaître des engagements innomés et purement personnels²¹ car « si le volontarisme est mort en tant que système, cela ne signifie pas que la volonté elle-même n'ait plus aucune fonction à remplir au sein du Droit. Au contraire, elle garde une compétence créatrice certaine »²².

15. En tout état de cause, le contrat d'option est la seule institution valable pour différer la formation du contrat de vente.

20. Ph. Malinvaud, La protection des consommateurs, D. 1981, chr. p. 49 et notam. p. 51 col. 2.

21. Ch. Atias, J.C.P. 1978 (N), doct. 291.

22. A. Rieg, le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, 1961, p. 6.

Il répond à la volonté des parties tant par les éléments qu'il contient que par les effets qu'il entraîne. Il doit le rester c'est-à-dire que le législateur ne doit pas étouffer l'institution : le Français démontre pleinement, dans les contrats qu'il conclut, son individualisme naturel. Il est très difficile de réprimer son penchant naturel. Maître J. Boré, avocat à la Cour de cassation, souligne que, « même lorsqu'il existe au-dessus des membres d'une profession une autorité corporative ou tutélaire, on rencontre, dans les contrats tirés d'un fonds commun, de multiples variantes »²³. Cette remarque s'applique aux contrats d'adhésion sur lesquels pèse un formalisme contrôlé de près à l'heure actuelle, mais elle peut s'appliquer, d'une manière encore plus justifiée, aux contrats qui jouissent encore d'une grande liberté.

Son intérêt est à la fois théorique et pratique. S'il est vrai que la promesse unilatérale fut et sera encore un moyen de tourner une loi contraignante, il faut surtout insister sur la place qu'elle occupe dans le droit civil en tant que contrat spécifique, et sur l'intérêt pratique toujours d'actualité dans les périodes « de crise » ou « de faste », sous des régimes libéraux ou dirigistes. Si l'on est facilement persuadé que cette institution donne à ceux qui détiennent des capitaux un moyen pratique de se réserver un bien d'un grand intérêt, elle permet également aux plus modestes d'accéder à la propriété et ouvre une nouvelle forme de marché à exploiter tout en sauvant une industrie en péril, la construction, lorsqu'elle est utilisée sous la forme de location avec promesse de vente.

16. Telle qu'elle se présente désormais, dernier exemple d'une liberté contractuelle en déclin, et bien qu'atteinte par les lois impératives comme les autres conventions, la promesse unilatérale de vente a toujours la faveur des contractants qui en ont fait un véritable contrat synallagmatique, en rendant interdépendantes leurs obligations respectives. En outre, grâce à ses éléments constitutifs propres, c'est un contrat qui se suffit à lui-même, se détache totalement de la vente éventuelle qui suivra et se distingue des techniques dont on veut la rapprocher, tels que le pacte de préférence et le contrat préliminaire.

Contrat synallagmatique, contrat autonome, telle nous apparaît aujourd'hui la promesse de vente. C'est pourquoi notre étude se divisera en deux parties :

I. Le contrat d'option de vente est un contrat synallagmatique.

II. Le contrat d'option de vente est un contrat autonome.

23. J. Boré, La cassation en matière civile, Sirey, 1980, n. 1273, « on dit que le français est individualiste : il l'est à coup sûr lorsqu'il contracte ».

TITRE I^{er}

LE CONTRAT D'OPTION DE VENTE EST UN CONTRAT SYNALLAGMATIQUE

17. Après avoir consacré l'article 1101 à la définition du contrat, le législateur du Code civil, dans l'article 1102 dispose que « le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ».

C'est la réciprocité des obligations qui caractérise le contrat synallagmatique.

Or, traditionnellement, on définit l'option ainsi : le promettant s'oblige à vendre alors que le bénéficiaire n'est pas tenu d'acheter. Le contrat qui scelle un tel accord fait apparaître qu'une seule des parties est obligée envers l'autre et la qualification de contrat unilatéral semble s'imposer. Toutefois, cette formule méconnaît la réalité et la finalité du contrat tel qu'il existe aujourd'hui. Les parties, en choisissant la forme contractuelle ont entendu se lier mutuellement et réciproquement. Elles ont conscience de rechercher le « donnant-donnant », système constamment présent dans le droit des affaires, et de signer un contrat qui n'a pas uniquement pour but l'inclusion de l'offre dans la sphère contractuelle. Ce n'est pas une simple absence d'intention libérale que l'on doit noter ici, mais une véritable intention d'équilibre économique. Les contractants souhaitent dans le contrat d'option un équilibre qui se traduit non seulement par des obligations réciproques mais également par des obligations interdépendantes. Ces obligations font des contrats qui les contiennent un contrat bilatéral.

Nous constaterons, au cours de notre étude, que promettant et bénéficiaire s'obligent et que ces obligations sont véritablement celles d'un contrat synallagmatique. Chaque contractant attend de l'autre l'exécution de son obligation.

SOUS-TITRE I^{er}

LES OBLIGATIONS DES CONTRACTANTS

18. L'obligation était connue en Droit romain. Justinien et Paul nous en donnent deux définitions restées célèbres. Pour Justinien, l'obligation est un lien de droit par lequel nous sommes astreints à payer quelque chose suivant les lois de notre état (Institutes). La définition du jurisconsulte Paul est plus complète : l'essence de l'obligation ne consiste pas à nous rendre propriétaire d'un objet ou titulaire actif d'une servitude mais à contraindre un autre à nous transférer la propriété d'une chose, à accomplir un fait à notre profit ou à nous fournir une prestation¹. Les personnes étaient « physiquement » obligées, la notion de droit subjectif n'existait pas. C'est la philosophie grecque qui introduisit dans le droit romain la notion de droit subjectif. L'essentiel de cette construction demeure, mais l'esprit a changé.

L'obligation est un bien, un droit patrimonial appelé à circuler. Dans le contrat d'option, l'obligation du promettant constitue pour le bénéficiaire un bien qui représente une valeur considérable notamment lorsqu'elle porte sur des immeubles rares dont la demande est très supérieure à l'offre.

1. Robert Villers, Droit romain, Les obligations, t. II.

CHAPITRE I

L'OBLIGATION DU PROMETTANT

19. L'obligation principale, ainsi qualifiée parce que c'est autour d'elle que s'ordonne l'économie du contrat¹ est l'obligation du promettant. Celui-ci accepte de passer un contrat qui doit préparer et différer la vente et accorde au bénéficiaire la possibilité de repousser sa décision finale pendant un délai déterminé. C'est l'objet même du contrat d'option.

Le contrat d'option crée une obligation pour le promettant. Le contrat donne ainsi naissance à un droit appelé « droit d'option » et qui est exercé par le bénéficiaire.

Ce droit est différent d'une simple faculté. Il a une existence limitée, est prescriptible et a sa source dans la convention. C'est un droit subjectif, une prérogative juridique destinée à modifier la situation née de la convention².

L'obligation du promettant est distincte de celle du vendeur. La situation juridique du promettant par rapport au bien promis reste « apparemment » inchangée jusqu'à la levée de l'option.

Elle présente deux particularités notables : en premier lieu, le promettant n'aura pas à renouveler son offre au moment de la levée d'option ; en second lieu, pendant la durée de l'option, le bénéficiaire pourra accepter et conclure le contrat de vente. Le promettant devra donc lui transférer la propriété.

Nous analyserons successivement :

Section I. Le contenu de l'obligation.

Section II. La nature de l'obligation.

Section III. La violation de l'obligation.

Section I : LE CONTENU DE L'OBLIGATION DU PROMETTANT

20. L'obligation du promettant peut s'analyser en une double proposition³ :

1. J. Ghestin, les obligations, t. II, Le contrat, n. 513, 1980.

2. V. Titre II, Ch. I.

3. Demolombe avait présenté une thèse semblable pour expliquer le maintien de l'offre. Il avançait l'existence d'un contrat tacite par lequel le bénéficiaire avait accepté le délai offert par le pollicitant (Demolombe t. XXIV, n° 63 et s.). Cette théorie n'est citée que pour mémoire et ne présente plus

a) une offre de vente ferme avec prix et objet déterminés. La vente n'est qu'éventuelle puisqu'il est de l'essence du contrat d'option de laisser le choix de la décision finale au bénéficiaire, mais, et c'est toute l'originalité et l'avantage de cette technique, le consentement du promettant n'aura pas à être renouvelé lors de la levée d'option pour que le contrat de vente soit parfait.

b) la promesse que ce consentement est donné pendant un certain délai. Le bénéficiaire pourra ainsi transformer, par sa seule initiative, la situation juridique créée par le contrat d'option en une autre situation juridique, celle-là définitive.

Le contenu de l'obligation du promettant est conditionné par ces deux éléments. Cette thèse est adoptée par la doctrine dominante⁴.

A — L'offre de vente n'aura pas à être renouvelée

21. L'offre de vente du bien promis — un des deux éléments de la double proposition — s'unit avec l'acceptation du bénéficiaire pour former le contrat de vente. La levée d'option met fin au contrat d'option, elle n'est qu'une forme particulière de l'acceptation du contrat de vente.

Le contrat de vente se forme dès que le bénéficiaire s'engage à acquérir. Le consentement du promettant est « figé » pendant le délai d'option, c'est pourquoi l'engagement du bénéficiaire au moyen de la levée d'option suffit à former le contrat de vente.

*Le contrat d'option rend l'offre irrévocable*⁵. Dès cet instant le promettant ne peut plus rétracter son offre. Tandis qu'un offrant peut, en principe, rétracter son offre⁶, le promettant ne peut plus le faire car il résilierait alors unilatéralement la convention. Le contrat d'option et les stipulations qu'il contient ont force de loi pour les contractants. Il crée un lien obligatoire. En cas de difficultés, la situation du bénéficiaire de l'option contractuelle appa-

qu'un intérêt historique. « Elle montre jusqu'où la théorie de l'autonomie de la volonté pouvait aller au XIX^e siècle dans l'utilisation du procédé de la fiction de la volonté. » (J. Ghestin, op. cit., n. 213).

4. J.-M. Verdier, Les droits éventuels, 1955, p. 161 ; P. Sabatier, 62^e Congrès des Notaires de France, 1964, p. 119 ; J. Ghestin, D. 1970, chr. p. 89 et s. : « La promesse unilatérale de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant est-elle un pacte sur succession future ? »

5. Cass. civ. 16 avril 1861, S. 1862, 1, 201.

6. Il s'agit d'un principe que la Cour de cassation n'a jamais expressément abandonné car elle n'a jamais consacré la possibilité d'une réparation en nature. Au contraire, elle affirme que la promesse unilatérale n'a aucune force obligatoire avant d'être acceptée par le bénéficiaire (Cass. civ. III, 17 juill. 1973, Bull. civ. 1973, n. 349). Récemment, la 3^e Chambre a cassé pour manque de base légale l'arrêt qui déclarait parfaite la vente d'un terrain à une commune « aux motifs que les termes précis et formels constituent un engagement en principe irrévocable... alors qu'il (l'arrêt) relève que les propriétaires du terrain avaient annulé leur engagement et qu'il ne constate pas que la ville avait antérieurement à cette annulation accepté la sollicitation »... (Cass. civ. III, 20 mars 1979, Bull. civ. n. 72, p. 53). Avant d'être acceptée la promesse consiste en une simple offre de vente rétractable.

raît bien plus sûre que celle d'un bénéficiaire d'une simple offre de vente. Le contrat ainsi formé entre dans le champ d'application de l'article 1134 du Code Civil.

Lorsque l'on est en présence d'une offre simple, le tribunal devra savoir, en cas de litige, si le promettant a maintenu son offre au moment de l'acceptation ou s'il s'est rétracté.

En présence d'un contrat d'option de vente, le tribunal devra seulement constater la validité du contrat. Si celui-ci est valable, l'offre qu'il contient n'a pas à être réitérée pour que la vente soit parfaite.

C'est pour profiter de cet avantage que les acquéreurs, pour soustraire une promesse unilatérale à la nullité résultant du défaut d'enregistrement (art. 1840 A c. gén. imp.) soutiennent qu'il y a eu acceptation de la promesse et levée d'option simultanées. La vente a ainsi pu être conclue sans que le vendeur puisse opposer son refus de renouvellement de l'offre (V. infra n. 212).

22. Néanmoins, un courant doctrinal ne serait certainement pas opposé à reconnaître que l'offre engage celui qui l'émet. Déjà, en 1939, Josserand, très partisan des théories d'Outre-Rhin, reconnaissait la force obligatoire de l'offre⁷ : « les offres lorsqu'elles sont accompagnées d'un délai exprès ou tacite lient leur auteur en ce sens qu'il est tenu de les maintenir au moins pendant un certain temps : sa volonté s'est donc liée elle-même ». M. A. Rieg, plus récemment, estime que l'offre a par elle-même une valeur obligatoire quoiqu'en pensent les auteurs et la jurisprudence parce que la rétraction pendant le délai de réflexion est absolument inopérante⁸.

Une évolution de l'offre vers l'engagement unilatéral de volonté parachèverait la totale indépendance du contrat d'option qui ne serait plus alors utilisé à seule fin de la rendre irrévocable. Si, comme l'écrivait M. J.-L. Aubert, en 1970, « l'analyse du contrat en une juxtaposition de deux engagements unilatéraux apparaissait, à juste titre, comme une révolution inacceptable autant qu'inutile »... « cela n'est pas condamner la théorie même de l'engagement unilatéral de volonté... rien ne s'oppose vraiment à son admission dans notre droit »⁹. Dans ce sens, on peut dire que le législateur donne l'exemple : selon les termes de la loi du 13 juillet 1979 « la remise de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimum de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur »¹⁰.

23. Utiliser le contrat d'option dans le seul but de rendre l'offre irrévocable est une finalité qui devient anachronique à une

7. Cours de droit civil positif français, 3^e éd. 1939, p. 31.

8. Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, 1961, 86 et 87.

9. J. L. Aubert, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, L. G. D. J. 1970. Préface J. Flour, n. 122 et 123.

10. La loi du 10 janvier 1978 relative au crédit mobilier exige le maintien de l'offre pendant 15 jours

époque où l'on parle de plus en plus d'une harmonisation des droits européens. Sur ce point, les pays de la Communauté européenne sont fondamentalement divisés. L'article 145 BGB reconnaît que l'offre lie celui dont elle émane, elle doit être maintenue, elle subsiste malgré le décès ou l'incapacité, elle a une existence juridique indépendante. Les droits néerlandais, danois et même le droit belge qui utilise notre code civil ont adopté ce principe. Si l'uniformisation des droits de la Communauté se réalisait un jour, le contrat d'option prendrait alors toute sa dimension. Il ne servirait qu'à donner au bénéficiaire « un pouvoir » qui impliquerait la reconnaissance d'une restriction au droit de disposer de son bien pour le promettant. Le droit d'option serait un droit potestatif et non un simple droit de créance.

La jurisprudence semble elle-même parfois hésitante. Une décision de la 1^{re} Chambre civile censure un arrêt qui avait jugé sans cause la reconnaissance de dette souscrite au profit d'un propriétaire d'immeuble « à titre de dédommagement pour la perte de temps occasionnée » à la suite de la rupture des pourparlers d'achat engagés par le signataire sans rechercher si le propriétaire ne s'était pas senti lié par cette offre et n'avait pas en fait immobilisé son immeuble pendant le délai ainsi consenti¹¹. Toutefois, l'on a pu constater, d'après l'ensemble des décisions, que les juges s'attachent à conserver le principe de l'offre rétractable tant qu'elle n'a pas été valablement acceptée¹².

24. En l'état actuel de notre droit, l'offre est caduque en cas de décès et d'incapacité. Dans ce dernier cas, la jurisprudence exige que la volonté de contracter existe encore au moment de l'acceptation¹³. M. J.-M. Verdier explique que « l'offre n'a de valeur juridique que parce qu'elle n'est pas rétractée, elle est une proposition sans cesse renouvelée »¹⁴. Au contraire, l'option contractuelle n'est pas caduque en cas d'incapacité et se transmet en cas de décès. Doctrine et jurisprudence se sont toujours accordées sur ce point¹⁵.

25. Les stipulations du contrat d'option sont transmissibles activement et passivement : les héritiers du promettant doivent respecter la volonté de leur auteur et les héritiers du bénéficiaire disposent de la même liberté de choix que leur auteur. C'est l'application du droit commun : l'article 1122 du Code civil dispose, en effet, qu'on est censé stipulé pour soi et pour ses héritiers. Ainsi, l'option peut être valablement levée après le décès du promettant contre sa veuve et ses héritiers mineurs sans qu'il y ait lieu pour

11. Cass. civ. 1^{re}, 9 janv. 1977, D.S. 1977, inf. rap. 164.

12. J. Ghestin, *op. cit.*, Le contrat, n. 214, 215 et note 2, p. 21.

13. Cass. civ. 14 déc. 1961, D. 1961, 535 : l'offre de vente d'un domaine rural par son propriétaire à son fermier devient caduque par le décès de l'offrant avant acceptation.

14. J.-M. Verdier, *Les droits éventuels*, th. préc., p. 100 et s.

15. Josserand, *op. cit.*, p. 31.

ces derniers d'observer les formalités de la tutelle. Si le promettant résiste, le tribunal se bornera à constater l'existence de la vente¹⁶. De même, nous venons de le voir la capacité du promettant au moment de la conclusion du contrat d'option suffit. Si celui-ci perd ses facultés mentales après, la levée d'option est tout de même valable.

La validité de l'option s'explique par le fait que le consentement a été en quelque sorte « figé » à la conclusion du contrat et n'a pas besoin d'être renouvelé. L'acceptation n'est et ne peut être qu'une adhésion pure et simple à une vente dont les clauses essentielles ont été débattues lors de la conclusion du contrat d'option. Les éléments du contrat ne peuvent plus être remis en question, ils doivent être définitifs sinon il ne s'agit plus d'une levée d'option¹⁷. Le prix doit donc être déterminé ou déterminable ainsi que le bien promis. Il a été jugé, par exemple, qu'une promesse portant sur des biens à choisir parmi un ensemble appartenant au promettant n'était pas valable. La levée d'option ne pouvait pas contenir l'accord de volontés indispensable pour produire le transfert de propriété parce que l'individualisation des biens n'était pas suffisante¹⁸.

B — *Le promettant ne s'oblige que pour un délai déterminé*

26. L'offre de vente du promettant n'est valable que jusqu'à l'expiration du délai convenu dans le contrat d'option. Lorsque le délai est expiré, l'option s'éteint et ne peut plus être valablement exercée. Il a été jugé que, faute d'acceptation dans le délai prévu, des versements postérieurs à l'expiration ne peuvent faire revivre le délai si telle n'a pas été l'intention des parties¹⁹. En cas de location avec promesse de vente, il faut considérer séparément la promesse et le bail, sauf accord contraire des parties. Il faut

Planiol et Ripert, t. II par Esmein, p. 140.

Colin et Capitant par Julliot de la Morandière, n. 629.

MM. Mazeaud par de Juglart, Leçons de droit civil, t. II, n. 135.

La cour suprême a admis la perfection d'une vente dont le vendeur était sain d'esprit au moment de la signature de la promesse unilatérale de vente et qui n'a pu signer l'acte authentique en raison de son état mental (Cass. civ. 7 janvier 1982 : Gaz. Pal. 18 juin 1982 ; J.C.P. 82, éd. G., IV, p. 108). L'acheteur ayant levé l'option avant l'expiration du délai prévu au contrat, la vente est parfaite même si le promettant n'a plus ses facultés mentales au moment de la signature de l'acte authentique. C'est la levée d'option qui a réalisé l'accord sur la chose et sur le prix, le consentement n'a pas à être renouvelé pour une simple réitération.

16. Cass. civ. 25 mai 1949 : D. 1949, 391.

17. Cass. civ. III, 25 mars 1980 : J.C.P. 1980, IV, 225.

18. Cass. civ. 18 nov. 1959 : Bull. civ. 1959, 401.

La levée d'option ne peut rendre la vente parfaite si elle est faite avec des réserves ou avec des modalités non stipulées dans la promesse (Cass. civ. 1933 : Gaz. Pal. 1934, 1, 10).

19. Cass. civ. 13 nov. 1929, Gaz. Pal. 1929, 2, 930, D. 1929, 1, 131, Paris, 3 déc. 1930, Gaz. Pal. 1931, 2, 147.

Cass. com. 24 juin 1969, Bull. civ., IV, 227.

donc, en cas de renouvellement du bail, un renouvellement exprès de la promesse de vente²⁰.

Lorsque l'option a été consentie *sans délai*, le bénéficiaire doit être mis en demeure de faire connaître sa décision dans le cas où le promettant veut reprendre sa liberté : « l'auteur d'une promesse unilatérale de vente qui a eu lieu sans limitation de temps ne peut être dégagé qu'après avoir mis celui à qui elle a été faite en demeure de l'accepter dans un délai déterminé à moins qu'il ne soit établi que le bénéficiaire a renoncé à s'en prévaloir »²¹. La renonciation ne se présume pas. Ainsi, un bénéficiaire, qui ne se prévaut pas de sa promesse de vente au cours d'une action en validation de congé et se contente de se défendre en qualité de simple occupant, n'est pas présumé avoir renoncé au droit d'accepter l'offre qui lui a été faite²².

La jurisprudence est constante pour exiger du promettant une mise en demeure pour rompre le contrat. Cette exigence peut surprendre : en effet, si « la faculté de conclure sans détermination de durée est un principe toutes les fois que le législateur est resté muet, néanmoins la résiliation unilatérale du contrat est le tempérament impératif à ce principe et est unanimement considéré comme le corollaire de la prohibition de l'engagement perpétuel et constitue l'indispensable protection de la liberté individuelle »²³. En ce qui concerne le contrat d'option de vente, l'indétermination du délai n'empêche pas la validité du contrat, le délai n'est pas inhérent à la promesse ; seule, la liberté de l'option est de l'essence de la promesse²⁴. Si sa validité n'est pas en cause, le contrat devrait du moins être résiliable unilatéralement ; or, il faut une mise en demeure. Cette formalité n'est exigée que lorsque le débiteur d'une obligation de faire ne l'exécute pas (l'article 1146 du code civil exige la mise en demeure du débiteur). Le raisonnement conduit donc à dire que le bénéficiaire a une *obligation* de faire connaître son choix.

L'explication est un peu différente ; elle accuse une fois de plus l'autonomie de l'institution. En effet le choix est de l'essence du contrat d'option. Il faut donc, d'une part qu'un choix soit effectué, mais, d'autre part, il faut également, puisqu'aucun délai n'a été fixé, que le promettant ait la possibilité de résilier unilatéralement le contrat. Ce droit de résiliation s'exerce dans la faculté de mettre à *tout moment* le bénéficiaire dans l'obligation de faire connaître son choix dans un délai maximum. Il ne peut le faire qu'au moyen d'une mise en demeure.

Constatons ici encore la différence qui existe entre l'offre

20. Paris 3 déc. 1930 précité.

21. Cass. 10 juin 1941, D.A. 274.

Cass. civ. 4 avril 1949, D. 1949, 316.

22. Cass. civ. I, 15 oct. 1962, Gaz. Pal. 1963, 1, somm. 7 ; D. 1963, somm.

47.

23. J. Azema, La durée des contrats successifs, 1969, n. 142, 182.

24. J.-M. Verdier, thèse précitée, p. 108.

de vente simple et l'option contractuelle : l'offre sans délai doit être maintenue pendant un délai raisonnable appelé « délai de réflexion » et qui dépend, soit des usages professionnels, soit, pour des marchandises, de la variation des cours, soit d'une manière générale, des circonstances. Ce délai est bref et il n'est pas besoin de mise en demeure pour que l'offre soit caduque (le retrait prématuré de l'offre peut toutefois engager la responsabilité de son auteur) ²⁵.

28. En exerçant le droit d'option, le bénéficiaire met fin à son contrat. Pendant toute la durée du délai, à tout moment, il peut faire connaître son choix au promettant, mais dès qu'il l'a fait, ce choix est définitif. Dès lors, s'il a fait connaître sa décision à son cocontractant avant la fin du délai, il est censé avoir renoncé au restant du délai. Son droit s'est éteint. C'est ainsi que la Cour de Paris considère qu'un bénéficiaire a renoncé à une partie du délai convenu et que passé ce nouveau délai plus court, évidemment, que celui stipulé primitivement, l'option est devenue caduque. Voici les faits : une condition essentielle affectait la formation même du contrat. Pour que le contrat soit formé, le prix devait être payé comptant au plus tard à une date déterminée. Le bénéficiaire fixa, pour lever l'option en payant le prix, une date antérieure à celle à laquelle devait expirer le délai, puis, n'exécuta pas son obligation. La Cour de Paris a considéré qu'il ne saurait « se prévaloir de sa propre carence pour perpétuer l'obligation au delà du terme qu'il a lui-même mis au délai initial » ²⁶.

Le promettant s'oblige à laisser au bénéficiaire le pouvoir de former le contrat de vente. Quelle est la nature de cette obligation ?

Section II : LA NATURE DE L'OBLIGATION DU PROMETTANT

29. L'article 1101 du Code civil distingue trois sortes d'obligations : « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Le débiteur d'une obligation de donner doit transmettre un droit réel alors que les obligations de faire ou de ne pas faire sont des obligations personnelles et le créancier n'a qu'un droit personnel à faire valoir.

A — *Est-ce une obligation de donner ?*

30. On a soutenu que l'obligation du promettant était une obligation de donner. Cette thèse nie l'existence d'un contrat

25. V. J. Ghestin, *op. cit.* Le contrat, n. 218 et la jurisprudence.

26. Paris, 22 mars 1955, J.C.P. 1955, (N), n. 8681. Si la renonciation ne se présume pas, néanmoins, elle peut être prouvée par tous moyens.

d'option autonome : l'obligation du promettant est celle d'un vendeur. Le contrat de vente précédé d'un avant-contrat de promesse est une opération unique globale constituée de deux épisodes se complétant, le consentement de l'acheteur étant donné dans le deuxième temps. L'obligation du promettant est, dans ce cas, une obligation conditionnelle ou éventuelle de donner²⁷. La condition consiste dans l'engagement d'acheter du bénéficiaire, elle se réalise quand celui-ci accepte la vente.

Saillelles a soutenu qu'il n'y avait qu'une seule opération depuis l'offre jusqu'à la conclusion de la convention définitive²⁸. Plus récemment, M. Henri Boyer notait que « la promesse de vente n'a pas une autonomie suffisante pour mériter l'appellation de contrat ; elle n'est que le premier acte d'une situation juridique complexe, à allure contractuelle, essentiellement synallagmatique, à titre onéreux et commutatif »²⁹.

31. La Chambre civile de la Cour de cassation n'a pas admis cette solution et a décidé que l'obligation du promettant était une obligation purement personnelle³⁰. Malgré cet arrêt, M. Nast a soutenu que la créance devait être une créance immobilière et que dès le jour de la promesse le bénéficiaire avait un droit réel éventuel car « il y a contradiction à considérer comme mobilière la créance née de la promesse de vente et comme immobilier le droit réel qui naît de l'exécution de la promesse »³¹. La Cour suprême a définitivement tranché le débat, le 26 novembre 1935³² : « l'obligation du promettant, quoique relative à un immeuble constitue, tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquérir, non pas une obligation de donner mais une obligation de faire ».

La Cour suprême distingue donc nettement l'obligation née de la promesse unilatérale, de l'obligation qui va naître du contrat de vente. C'est l'application orthodoxe du concept contractuel français : une obligation ne peut naître que d'un accord de volontés. Le contrat d'option donne naissance à une obligation de faire et le contrat de vente (formé par la levée d'option) donne naissance à une obligation de donner.

Néanmoins, les partisans de M. Nast soulevaient une objection à cette thèse : si l'un des contractants se refuse à passer l'acte authentique, un jugement peut tenir lieu de vente. Or, un jugement est déclaratif de droit, il peut reconnaître un droit mais ne peut en créer un. Si, donc, le droit d'option est un droit de

27. Le droit éventuel est une variété de droit conditionnel ; lorsque le contrat se forme par la réalisation d'un élément essentiel, il ne peut y avoir rétroactivité, on a alors non plus un droit conditionnel mais un droit éventuel (V. infra Titre II).

28. La responsabilité précontractuelle : Rev. trim. droit civ. 1907.

29. Des promesses unilatérales de vente, Thèse Toulouse 1932, p. 15 et 16.

30. Cass. civ. 21 juin 1927, D. P. 1928, 1, 51.

31. Note sous Aix, 27 avril 1931, D. P. 1932, 2, 134.

32. Cass. civ. 26 nov. 1935, D. P. 1936, 1, 37.

créance comment peut-il se transformer en un droit réel ? L'objection peut être facilement repoussée. En effet, le tribunal ne fait que constater l'existence d'un droit réel qui est né d'un accord de volontés. Celui-ci s'est fait à la levée d'option lorsque l'offre de vente contenue dans le contrat d'option s'est jointe à l'engagement du bénéficiaire, et ce, même si postérieurement l'un des contractants est revenu sur son engagement³³.

La seule obligation née du contrat d'option est une obligation de faire (ou de ne pas faire).

B — *Obligation de faire ou de ne pas faire*

32. La jurisprudence a vu dans l'obligation du promettant une obligation de faire. Ce sont les termes mêmes de l'arrêt du 26 novembre 1935 précité.

Pour la plupart des spécialistes, et notamment pour les notaires, l'obligation du promettant consiste à maintenir son offre pendant le délai convenu. Ceci revient à dire que le propriétaire du bien promis doit s'abstenir de prendre des décisions qui empêcheraient le bénéficiaire d'exercer son droit d'option³⁴. L'obligation serait en réalité tout aussi bien une obligation de faire que de ne pas faire, d'autant plus que la distinction ne présente pas un grand intérêt, le Code civil appliquant le même régime aux deux sortes d'obligations (art. 1142 à 1145).

La Doctrine moderne s'accorde également à reconnaître que la distinction n'a pas grande utilité³⁵.

Toutefois, M. I. Najjar³⁶, auteur d'une thèse sur le droit d'option, a vu une utilité dans la distinction. L'obligation du promettant serait une obligation *de faire*, et l'on peut considérer que, en offrant la vente, le promettant a exécuté son obligation. Après la conclusion du contrat d'option, le promettant n'est plus débiteur. L'objet du contrat consiste dans la possibilité de former la vente. Cette possibilité est créée dès la formation du contrat d'option. Le propriétaire du bien promis voit ses droits restreints en ce qui concerne la libre disposition de celui-ci. Le bénéficiaire est seul maître de la situation, sa déclaration unilatérale formera le contrat de vente. Le droit d'option n'est, dans ce cas, ni un droit réel, ni

33. La vente est parfaite du jour où le bénéficiaire a déclaré l'acheter (Cass. req. 17 juin 1938, Gaz. Pal. 1938, 2, 378). Depuis 1935, la jurisprudence est constante pour décider que la promesse unilatérale n'est pas translatrice de propriété (Cass. civ. III, 8 mai 1969 : Bull. civ. III, n. 364 et 365, p. 279 et 280).

34. 62^e Congrès de notaires de France, précité.

35. B. Starck, les obligations, n. 1729.

Flour et Aubert, Les obligations, t. I, n. 42.

36. I. Najjar, Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, 1967, p. 22 et s. « Le promettant ne doit plus rien au bénéficiaire qui ne peut plus exiger de son cocontractant une prestation déterminée. » Si aucune obligation ne pèse plus sur le promettant, on ne peut plus parler de droit de créance.

un droit de créance, mais un droit « potestatif »³⁷. Le bénéficiaire d'un droit potestatif d'option a une situation plus sûre que le bénéficiaire d'un simple droit de créance qui peut se voir frustré de son bien si le promettant viole sa promesse et dispose de son bien. M. Najjar est partisan du droit potestatif pour cette raison. Le bénéficiaire doit seulement publier son droit afin de le rendre opposable « erga omnes ».

Section III : LA VIOLATION DE LA PROMESSE

33. Par contrat, le promettant a promis un bien déterminé. Il doit respecter les stipulations contractuelles sinon il commet une faute et engage sa responsabilité. Néanmoins, la seule perspective de dommages-intérêts ne saurait être satisfaisante pour le contractant qui a jeté son dévolu sur un bien déterminé. Or, pendant le délai stipulé, le promettant reste seul propriétaire du bien, il peut en disposer valablement et le céder à un tiers, possibilité qui va exactement à l'encontre des intérêts du bénéficiaire.

Quels sont les droits d'un bénéficiaire lésé face à une telle violation ?

Lorsque le propriétaire a disposé du bien promis, il faut évaluer les droits qui arrivent en concurrence.

Si une aliénation a été effectuée avant la levée d'option, il y a conflit entre le droit réel du tiers acquéreur et le droit personnel du bénéficiaire. C'est le droit réel qui l'emporte que le bien soit mobilier ou immobilier, puisque, si la promesse unilatérale porte sur un immeuble, la publicité foncière facultative de la promesse est sans effet en face d'un droit réel³⁸. Nous raisonnons avec un acquéreur de bonne foi, précisons-le.

Si l'aliénation a été effectuée alors que le bénéficiaire avait déjà levé l'option dans les délais, il y a conflit entre deux droits réels. Pour savoir celui qui l'emporte, il faut distinguer selon que la vente litigieuse a pu être publiée ou non. Si cette vente a été publiée au Bureau des Hypothèques, elle est opposable à tous (nous raisonnons toujours dans le cas d'un acquéreur de bonne foi). Le bénéficiaire de la promesse unilatérale n'a aucune antériorité à faire valoir puisque son droit ne peut être protégé de façon efficace³⁹. Si la vente n'a pas été publiée, les deux droits réels sont en concurrence directe ; si la levée d'option est antérieure à la cession attaquée, c'est elle qui l'emportera.

Si le promettant a passé deux promesses unilatérales successives, on examinera les dates des deux levées d'option, la première sera celle qui l'emportera.

37. Cf. II^e Partie.

38. Cass. civ. III, 22 fév. 1977 : D. S. 1978, 165. Cette décision déclare valable une inscription hypothécaire prise par un créancier du promettant avant la levée d'option.

39. V. protection du droit d'option, n. 163 s.

Nous constatons que le promettant qui manque à la parole donnée cause un préjudice souvent irréparable au bénéficiaire de la promesse qu'il a faite. La faute qu'il commet sera sanctionnée par des dommages-intérêts.

La situation est moins critique si le bien n'est pas sorti du patrimoine. Le promettant peut, en effet, simplement se refuser à réitérer la vente en la forme authentique alors que la levée d'option a été valablement effectuée et que la vente est ainsi conclue entre les parties⁴⁰. Le bénéficiaire a la ressource de demander au Tribunal de constater la vente afin qu'elle soit opposable erga omnes. Le jugement vaut vente et le bénéficiaire est totalement satisfait. Pour se protéger d'une éventuelle cession postérieure en violation des droits qu'il veut se faire reconnaître, le bénéficiaire a la possibilité (D. 4 janv. 1955 - art. 37-2) de publier « la demande en justice tendant à obtenir la réitération ou la réalisation en la forme authentique » de la vente. Cette formalité est assortie de *opposabilité aux tiers*.

Les juges du fond peuvent également condamner sous astreinte l'auteur d'une promesse de vente à passer l'acte de vente authentique dans le délai qu'ils jugent convenable à dater de la signification du jugement, dès lors qu'il résulte de leurs constatations que le bénéficiaire a valablement levé l'option et que la vente a été formée dès la levée de l'option⁴¹.

La jurisprudence admet l'exécution forcée dans tous les cas où elle est possible, c'est-à-dire lorsque le bien n'est pas sorti du patrimoine du promettant et que l'accord des parties s'est réalisé à un moment donné. Le jugement est déclaratif de droits et non constitutif de droits.

35. En résumé le Tribunal qui constate qu'il y a eu violation d'une promesse aura le choix entre trois solutions :

a) l'exécution forcée si elle est encore possible (jugement du Tribunal ou condamnation à une astreinte) ;

b) la condamnation du promettant à des dommages-intérêts compensatoires (s'il n'y a pas eu versement d'une indemnité d'immobilisation) ;

c) la résolution du contrat avec restitution de l'indemnité d'immobilisation, si celle-ci a été versée, et condamnation du promettant à des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi.

La preuve de la violation de la promesse est simple puisque l'obligation du promettant est une obligation de résultat : le bénéficiaire doit pouvoir exercer son choix en toute liberté ; s'il ne le peut pas, il y a eu violation de la promesse. Le Tribunal est souverain pour rechercher la meilleure réparation du préjudice.

40. René Morel, *Etudes Capitant*, 1939, p. 541 et s.

Y. Bonnel, 62^e Congrès des Notaires de France, 1964, Sanction de la promesse de vente, p. 365 et s.

41. Cass. civ. 5 nov. 1952 : Bull. civ., 1, 237.

Cass. civ. III, 14 nov. 1972 : Bull. civ. 1972, III, 436.

CONCLUSION

36. L'obligation du promettant se décompose en une double proposition :

a) une offre de vente irrévocable puisqu'elle est contenue dans le contrat d'option ;

b) l'offre d'un délai destiné à différer l'acceptation éventuelle du contrat de vente.

Cette obligation est une obligation personnelle ; néanmoins, il est important de souligner qu'à travers la personne du débiteur le bénéficiaire vise, en réalité, un bien déterminé.

L'offre de vente n'a pas à être renouvelée, le consentement du promettant est « figé » pendant le délai d'option. L'engagement du bénéficiaire suffit à former le contrat de vente.

Le promettant ne s'oblige que pour un délai déterminé ; lorsque le délai est expiré, l'option s'éteint et ne peut plus être valablement exercée. Toutefois, le délai n'est pas de l'essence du contrat, on rencontre des options sans délai. C'est le choix qui est de l'essence du contrat. Pour que ce choix puisse s'effectuer, il est nécessaire que, dans ce cas, le promettant mette en demeure le bénéficiaire de faire connaître sa décision.

L'offre de vente simple est très différente de l'offre contenue dans le contrat d'option. Celle-ci est irrévocable parce que contractuelle. L'offre de vente provenant d'une volonté unilatérale n'a pas de force obligatoire. Il pourrait en être autrement comme en Belgique ou en Allemagne, par exemple ; le contrat d'option prendrait alors toute sa dimension et servirait des objectifs spécifiques.

L'obligation du promettant devrait engendrer une diminution temporaire des pouvoirs de celui-ci sur le bien promis puisque le bénéficiaire désire disposer d'un véritable « pouvoir » sur la situation juridique créée par le contrat, et non un simple droit de créance qui le protège assez mal. Quoi qu'il en soit, pour obtenir ce droit d'option, le bénéficiaire s'oblige à fournir une contrepartie qui est fixée contractuellement. Cette contreprestation fera l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

OBLIGATION DU BENEFICIAIRE OU LA CONTREPARTIE DE L'OBLIGATION DU PROMETTANT

37. Il n'a jamais été contesté que toute intention libérale est absente du contrat de promesse unilatérale de vente. Le propriétaire qui promet un de ses biens et accepte de l'immobiliser pendant un certain temps a en vue la réalisation de la vente. Il sait, en acceptant une immobilisation temporaire, qu'il procure un avantage appréciable à son cocontractant.

Avant le développement intense des affaires immobilières, la rédaction des promesses est tout à fait imprécise. Les contractants rédigent des conventions qui sont pratiquement toutes qualifiées du terme vague de « promesse de vente », quels que soient les engagements pris par les parties. Avant la guerre de 1940 qui a bouleversé les règles établies, la promesse est le plus souvent contenue dans un bail. Si elle est conclue à titre principal, elle est établie en un seul exemplaire. Le chèque en garantie remis au promettant ne précise pas s'il est donné à titre d'arrhes, d'acompte ou d'indemnité d'immobilisation, sauf exception bien entendu¹. Toutes ces pratiques ne facilitent pas l'interprétation que le juge doit donner de ces conventions ambiguës. La qualification n'est pas toujours évidente...

La période qui a suivi la fin de la deuxième guerre mondiale a vu un complet changement d'état d'esprit en ce qui concerne les transactions commerciales en général et les transactions immobilières en particulier. Les terrains se sont raréfiés avec la multiplication des constructions nouvelles et ont pris une valeur considérable. Une promesse de vente est un bien convoité et l'immobilisation qu'implique le contrat d'option ne peut être gratuite. L'intérêt économique que représente une promesse se traduit par la généralisation de l'indemnité d'immobilisation demandée par le promettant.

Le contrat d'option devient un bien faisant l'objet d'une circulation commerciale et la contrepartie demandée par le promettant est l'équivalent de son obligation. Celle-ci constitue la cause

1. Citons par exemple une décision encore récente du Tribunal de Grande Instance de Troyes du 13 avril 1967 qui relève que la promesse était établie en un seul exemplaire mais que le bénéficiaire avait donné un chèque en garantie (Gaz. Pal. 1967, 2, 82).

même de son obligation. Son étude présente un intérêt essentiel car elle a transformé la finalité de la promesse.

C'est pourquoi, nous étudierons successivement :

Section I. La nature de la contrepartie.

Section II. La forme de la contrepartie.

Section III. Le régime de la contrepartie.

Section I : LA NATURE DE LA CONTREPARTIE

38. On donne généralement le nom de « dédit » à la somme d'argent que le bénéficiaire verse ou s'engage à verser quand il passe une promesse. Cette appellation est commune tant aux promesses bilatérales qu'aux promesses unilatérales. Or, en ce qui concerne cette dernière convention, elle est erronée, et doit être distinguée du dédit stipulé dans les promesses synallagmatiques. Les deux dédits n'ont pas le même fondement ; néanmoins, les contractants, laissant, volontairement ou non, planer le doute sur leurs conventions, ont obligé la jurisprudence à se servir de cette contrepartie pour procéder à la qualification de celles-ci. Le critère ainsi dégagé n'est pas exempt d'objections pertinentes, il a cependant le mérite de partir de la volonté des contractants pour aller à la qualification, principe essentiel du droit civil. Ce n'est pas le critère idéal, nous le verrons, mais il correspond tout de même à la psychologie « des affaires ». Les juges, en qualifiant le « dédit » de clause pénale ou d'indemnité d'immobilisation, qualifient par là même la convention².

A — L'obligation du bénéficiaire n'est pas l'application d'une clause pénale

39. Un dictionnaire courant³ propose cette définition du « dédit » : révocation de la parole donnée. Il a pour synonyme, rétractation ou renonciation. Le dédit ne doit donc théoriquement

2. Nous laisserons de côté le versement d'arrhes qui ne peut servir de critère puisque les juges ont décidé que l'article 1590 du Code civil ne limitait pas le versement d'arrhes aux seules promesses synallagmatiques. Une décision du 30 mai 1969 a estimé que l'acte stipulant que « G... versait 1 000 F à titre d'arrhes » et que « la promesse était valable pour une durée de trois mois à compter de sa date » était bien une promesse unilatérale de vente et entraînait dans le champ d'application de l'article 1590 selon lequel « si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir (Cass. civ. III, 30 mai 1969 : J.C.P. 1969. II, 16039, note P. L. — V. aussi Cass. req. 26 déc. 1927 : D. P. 1928, 1, 166). La stipulation d'arrhes ne modifie pas le caractère unilatéral de la promesse (Cass. com. 24 avril 1972 : Bull. civ. IV, n. 120, p. 120). C'est une interprétation qui paraît difficilement conciliable avec la nature de la promesse unilatérale dans la mesure où il est attribué aux arrhes le caractère d'un dédit (qui suppose engagement d'acheter et de vendre) alors que celle-là a pour objet une option de vente.

3. Dictionnaire « Le petit Robert ».

être utilisé que pour indemniser le vendeur en cas de rétractation de l'acheteur. Il suppose un engagement préalable. Le dédit est une clause pénale : c'est une compensation du préjudice que le créancier subit du fait de l'inexécution de l'obligation du débiteur. Il se traduit par la fixation forfaitaire de dommages-intérêts et n'est exigible que si l'obligation n'est pas exécutée. Ces conditions sont-elles remplies dans le contrat d'option ?

Quand il conclut une promesse bilatérale, le bénéficiaire s'engage à acheter. S'il n'achète pas, il se soustrait à son engagement, il se rétracte et le promettant subit un préjudice. Il ne conclut pas l'affaire sur laquelle il était en droit de compter. Le dédit stipulé contractuellement dans la promesse est destiné à réparer ce préjudice. Le versement du dédit est l'application pure et simple d'une clause pénale.

Quand il conclut un contrat d'option, le bénéficiaire ne s'engage pas à acheter. Il tient essentiellement à conserver sa liberté pendant quelque temps. C'est un avantage qu'il achète. On ne peut pas parler de rétractation lorsqu'il n'achète pas, mais seulement d'exercice de son droit d'option. La clause contractuelle fixant un prix dans le contrat d'option ne peut en aucun cas être qualifiée de clause pénale.

Certaines formules rédigées par des notaires font très nettement la distinction⁴ : l'option ayant été levée « si M... ne pouvait pas ou ne voulait pas passer l'acte et en payer le prix et les frais... l'acompte ci-dessus prévu serait acquis à X... Pour le *prix de l'immobilisation* pendant la durée de l'option, le bénéficiaire a versé une somme de... ainsi que le promettant le reconnaît ».

40. Dans un même contrat, la somme prévue pour l'indemnité d'immobilisation doit être distincte de celle prévue en cas de défaillance après la levée d'option. Les contrats-types de crédit-bail comportent également une fixation forfaitaire pour rupture unilatérale du contrat qui est tout à fait indépendante du prix de l'option et qui est contenue dans le loyer.

Lorsqu'il y a dédit, il y a engagement d'acheter tandis que lorsqu'il y a indemnité d'immobilisation, il y a choix de la décision finale.

B — *L'obligation du bénéficiaire est le prix d'une immobilisation*

41. Cette définition de la contrepartie à l'obligation du promettant est une formule relativement récente. Une partie de la jurisprudence refusait d'admettre la validité des clauses de dédit lorsqu'elles étaient insérées dans des promesses qualifiées d'unilatérales. Elle annulait ces clauses pour défaut de cause : le bénéficiaire ne pouvait pas s'engager à verser une somme destinée à

4. Formulaire cité par M^e A. Lapeyre, La promesse de vente, J. C. P. 1975, éd. G., n. 12 du 19 mars 1975.

compenser l'inexécution d'une obligation qu'il ne s'était pas engagé à exécuter. Ainsi, la clause insérée dans le contrat devait être réputée non écrite.

C'est la Cour d'appel de Paris qui, la première à notre connaissance, a admis que cette stipulation n'était pas sans cause et sa jurisprudence est restée constante malgré une résistance tout aussi opiniâtre de la Cour d'Orléans qui en niait la validité.

Cette opposition s'est accrue à propos de l'utilisation des promesses de vente de fonds de commerce. Cette technique permettait de se soustraire aux exigences de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 relative aux ventes de fonds de commerce : le vendeur qui ne désirait pas faire connaître la valeur réelle de son fonds avant que son acheteur soit lié, faisait signer à celui-ci une promesse de vente comportant un dédit suffisamment élevé pour qu'il ne puisse plus renoncer à son achat au moment de la vente.

La Cour de Paris, les 3 décembre 1930 et 2 juillet 1931 avait admis le principe du paiement de la promesse⁵ en ces termes : « aux termes de l'art. 1146 du Code civil, les dommages-intérêts ne sont dus que si le débiteur... spécialement la personne à laquelle a été consentie une promesse de vente valable pour une durée déterminée et qui s'est engagée en cas de non-réalisation de la promesse de vente dans le délai stipulé à payer une indemnité au vendeur est tenue de s'acquitter du dédit ainsi stipulé si le *délai d'option* est expiré sans qu'elle ait réalisé la promesse de vente ».

La décision appelle une observation : il s'agit bien d'une promesse unilatérale puisque la Cour relève que le délai d'option doit être expiré sans engagement pour qu'il y ait lieu à versement, mais cette obligation est fondée sur l'article 1146 du Code civil, c'est-à-dire sur les dommages-intérêts compensatoires. La véritable nature de cette indemnité n'est pas encore bien définie, à ce moment-là.

La Cour de Paris maintient sa jurisprudence tandis que la Cour d'Orléans décide qu'une stipulation insérée dans le contrat et prévoyant une indemnité est inconciliable avec une option.

42. La Cour d'appel d'Orléans estime que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ne saurait être condamnée à verser une somme quelconque au promettant lorsqu'il n'a pas manifesté l'intention d'acheter ; n'ayant pas promis d'acheter, il est libre de sa décision et son refus de réaliser l'acte de vente ne peut comporter aucune sanction pécuniaire ; la clause insérée dans la convention doit être réputée non écrite⁶.

Malgré son attitude négative, la jurisprudence orléanaise a

5. Paris, 3 déc., D. 1931, 2, 147.

Paris, 2 juill., Gaz. Pal. 1931, 2, 726. Ces arrêts sont antérieurs à la loi de 1935, mais la cour de Paris avait eu l'occasion de prendre position sur cette question et elle gardera cette position malgré la loi de 1935.

6. Orléans, 5 janv. 1949, D. 1949, 501.

eu des conséquences positives sur l'évolution de la notion de « dédit ». Elle a suscité de vives controverses doctrinales qui ont permis de définir sa nature dans le contrat de promesse unilatérale⁷.

Si le bénéficiaire ne s'est pas engagé à acheter, il n'est pas possible de parler de rétractation et par conséquent de dédit au sens où l'on doit entendre ce mot, mais ce n'est pas pour autant qu'il ne peut pas y avoir une contrepartie au droit d'option consenti par le promettant.

43. La doctrine dans l'ensemble penche pour la validité d'une telle clause, du moins dans son principe, mais la conteste quelquefois dans son application. L'utilisation de l'institution dans le but d'éluder la protection de l'acquéreur de fonds de commerce rend admissibles les réticences... Néanmoins le Doyen Carbonnier se déclare partisan de la validité de clause⁸ : il fait valoir que le principe général qui domine la théorie contractuelle est que la convention fait la loi des parties (art. 1134 du Code civil) ; que, d'autre part, un dédit important ne doit pas entraîner la nullité de la clause mais la disqualification du contrat en promesse synallagmatique. Cette dernière solution, dans l'hypothèse des litiges survenus à la suite de la loi de 1935, devait être écartée par souci d'équité : il fallait, au contraire faire en sorte que les acquéreurs éventuels puissent se dégager de leurs conventions.

Enfin, le Doyen estime que la non-disposition de ses biens par le promettant pendant un délai déterminé justifie le versement d'une contrepartie. Ce dernier argument a fortement pesé sur les décisions postérieures.

Néanmoins, le Doyen Ripert conteste la solution adoptée, le 22 décembre 1949, par le Tribunal de commerce de la Seine qui reconnaît la validité de la clause de dédit⁹ ; il rejoint cependant, dans ses arguments, la thèse du Doyen Carbonnier. En effet, il critique la décision prise en ce qu'elle admet, à son avis, un dédit trop important : un dédit important ne laisse pas au bénéficiaire son entière liberté, il le lie définitivement par le versement d'une somme qui représente en réalité une partie du prix de vente. Mais il accepte le principe d'un dédit correspondant « au préjudice éprouvé par le vendeur qui a été obligé d'attendre la décision de l'acquéreur ». Le dédit ne doit servir qu'à dédommager le promettant du délai d'attente et non à forcer l'acquéreur à passer le contrat définitif.

44. La Cour de Paris resta ferme sur ses positions et la Cour

7. Orléans, 21 janv. 1948, J. C. P. 1948, I, 4388, note Becqué.

Orléans, 5 janv. 1949, D. 1949, 501, note H. L. — J. C. P. 1949, II, 4962, note Voirin.

8. Rev. trim. dr. civ. 1948, p. 350 et s.

9. D. 1950, 308.

G. Ripert, note sous Lyon, 26 juillet 1950, D. 1951, 97.

de cassation consacra sa solution dans un arrêt du 25 juin 1958¹⁰ : *« la cause de l'engagement pris par l'acquéreur de verser un dédit réside dans l'avantage que lui procure le promettant en s'interdisant de céder son fonds de commerce à une autre personne pendant un délai déterminé »*.

M. Ph. Malaurie fait remarquer « qu'une fois admise l'existence de la cause, tombe l'argument d'équité ». Le juge ne saurait donc, écrit-il, comparer l'importance du dédit et la longueur du délai ; il n'a pas à mesurer l'équivalence des prestations, cela reviendrait à constater que le contrat peut être lésionnaire (or, la lésion n'est pas admise en ce domaine). Cette affirmation est importante car elle signifie que le montant fixé par les parties doit être respecté parce que c'est la volonté des parties qui doit être respectée avant toute autre considération¹¹.

Toutefois, si la volonté des parties est par trop obscure, si elle doit être interprétée, les Tribunaux retrouveront avec intérêt l'argument du Doyen Ripert : le montant de l'indemnité d'immobilisation fixé par les parties doit être le prix d'une option ; il doit, en conséquence laisser au bénéficiaire l'entière liberté de son choix.

Section II : LA FORME DE LA CONTREPARTIE

45. La contrepartie est la prestation que reçoit le promettant pour l'avantage qu'il consent au bénéficiaire. Elle se présente souvent sous la forme classique d'un paiement à effectuer, mais elle peut revêtir d'autres formes que celui d'un paiement pur et simple.

Le bénéficiaire peut s'engager à faire des études de marchés, des sondages de terrains, des démarches administratives, des études de viabilité ou de voirie etc... Toutes ces études représentent pour celui-ci des charges financières qui ne permettent plus de parler d'option gratuite et de considérer le contrat d'option comme un contrat unilatéral si tant est qu'il en fût jamais un. Elles resteront acquises au promettant si le bénéficiaire ne donne pas suite à son projet et lui seront utiles pour une vente ultérieure.

46. La contrepartie de l'option peut être incorporée dans des loyers, notamment quand la promesse est jointe à un bail. C'est d'ailleurs sous la forme de bail avec promesse de vente que s'est considérablement développée l'utilisation du contrat d'option dans la première moitié de ce siècle¹². Ces contrats représentaient l'essentiel des promesses de vente pendant cette période. Cette solution présente pour les contractants un intérêt tant présent que futur : le bailleur est assuré d'un revenu supérieur à celui que

10. Cass. civ. sect. comm., 23 juin 1958, D. 1958, 581, note Ph. Malaurie.

11. Le professeur J. Ghestin qualifie cette contrepartie de « prix d'immobilisation » ou même de « prix de la promesse » (Le contrat, op. cit., n. 236).

12. M. Thirion, Le bail avec promesse de vente, thèse 1930.

lui aurait procuré un bail simple, pendant la durée de la promesse de vente (le loyer est majoré parce que le bien est promis), il conserve son bien et a « sous la main » un acquéreur a priori intéressé ; le locataire jouit du bien sans l'acheter, il a l'assurance de pouvoir s'en rendre propriétaire s'il est d'un bon rapport. « La somme qui vient s'ajouter aux loyers correspond à la perte éventuelle résultant pour le promettant de l'indisponibilité de son immeuble. Elle veut être également une compensation à un manque à gagner éventuel, si l'immeuble rendu indisponible n'a pu être vendu à un prix plus élevé »¹³.

47. Cette ventilation entre loyers et contrepartie de la promesse de vente, la Cour de cassation la fait volontiers. C'est ainsi que pour délimiter le champ d'application des décrets des 26 septembre 1939 et 1^{er} juin 1940 relatifs aux loyers, elle opère une distinction. Elle décide que ces dispositions visant à empêcher les augmentations des loyers ne concernaient que les baux simples et ne sauraient être accordées aux titulaires d'un bail avec promesse de vente qu'autant qu'il apparaîtrait que, selon l'intention des parties, le loyer convenu n'était affecté d'aucune majoration de prix tendant à rémunérer le bailleur de la charge résultant pour lui de la promesse de vente¹⁴.

Aujourd'hui, la formule s'est étendue dans le secteur mobilier avec les locations assorties de promesse de vente. En outre, des sociétés professionnelles se sont spécialisées dans une formule dérivée : le crédit-bail mobilier et immobilier.

48. Les sociétés de crédit-bail achètent des biens pour des personnes ou des entreprises dont elles sont les mandataires, et les leur donnent en location avec une promesse de vente pouvant être acceptée par une levée d'option au bout d'un certain délai. Le crédit-bail est strictement réglementé¹⁵. Il est devenu une institution autonome, mais la promesse de vente est obligatoirement insérée dans le contrat. Les locataires peuvent devenir, dans un temps plus ou moins long, propriétaires grâce à l'option d'achat

13. M. Thirion, *op. cit.*, p. 35 et 36.

14. Cass. soc. 18 janvier 1945 : *Gaz. Pal.* 1945, 1, 85.

Dans un domaine que l'on a souvent rapproché des promesses de vente, le pacte de préférence, la Cour d'appel d'Angers relève que le bénéfice retiré du pacte en appelle une contrepartie et fait ainsi sortir les baux considérés des dispositions prises pour les loyers (Angers, 9 nov. 1949 : *J. C. P.* 1950, II, 5242).

15. Le crédit-bail est soumis à la loi du 2 juillet 1966 modifiée par l'ord. du 28 sept. 1967 et au D. du 4 juillet 1972 relatif à la publicité de ces opérations. Une place assez large est néanmoins laissée à l'autonomie de la volonté. Une entreprise industrielle ou commerciale peut effectuer occasionnellement une opération de crédit-bail et elle n'est pas soumise aux dispositions de la loi de 1966 (Cass. com. 20 fév. 1973 : *Gaz. Pal.* 12 avril 1973 — 15 déc. 1975 : *D. S.* 1976, inf. rap. 83 — Rép. min. n. 27260, *J. O. Sénat* 25 nov. 1978). Elle doit toutefois observer les formalités de publicité du décret de 1972.

annexée au bail. C'est une opération extrêmement utile, voire vitale, pour les entreprises en expansion rapide qui ne peuvent immobiliser de très gros capitaux et qui ont besoin de disposer de certains biens pour exercer leur activité. Les industriels qui veulent des locaux ont souvent recours à ce procédé. Ils n'ont pas à investir immédiatement des sommes disproportionnées avec leurs capitaux disponibles ; d'autre part, les frais de leasing sont déductibles de l'impôt sur les sociétés et l'option future n'entre que pour une faible part dans le choix qu'ils ont fait de passer le contrat.

49. La Compagnie Air France, par exemple, ne conclut plus de contrat de vente avec la Société Boeing ; elle signe des contrats de leasing dont la location doit s'étendre sur dix-sept ans. Elle pense également en fin de location lever l'option et se rendre propriétaire des appareils pour un prix abordable. Néanmoins, ces contrats sont onéreux et, dans ce cas précis, les loyers étant calculés en dollars, l'augmentation du dollar les rend presque prohibitifs.

Le loyer du crédit-bail est, d'une façon générale cher, il est calculé de telle sorte qu'à la fin du bail, le locataire puisse acquérir le bien à un prix relativement faible. Il faut donc concilier deux impératifs : il faut que la location s'étende sur une période assez longue pour qu'une partie importante du prix soit payée, mais il faut également que le locataire ait une possibilité de choix, sinon il ne s'agirait plus d'un crédit-bail mais d'une vente à crédit ou d'une location-vente. Si la location est de courte durée et que le loyer demandé est élevé, l'administration fiscale voit dans le contrat conclu une véritable mutation de propriété susceptible d'être imposée comme telle. La location doit être fonction de la durée d'amortissement fiscal des biens.

50. Lorsqu'il s'agit d'un immeuble, la durée normale d'amortissement se situe entre 15 et 20 ans ; à ce moment, l'immeuble est amorti et la valeur résiduelle est approximativement celle du terrain puisque le terrain ne s'amortit jamais. Le locataire a ainsi une option valable, il a acheté un immeuble qui ne vaut plus grand chose (en admettant qu'il lève l'option), il lui reste à payer le terrain, qui, lui, représente une lourde dépense. Sa liberté de choix existe réellement. Le prix de la promesse de vente dont il bénéficie est compris dans les loyers payés¹⁶.

Lorsqu'il s'agit d'un meuble, l'amortissement du bien est différent, mais le locataire doit également avoir un choix réel¹⁷. Sur ce point, l'interprétation des contrats est bien délicate et certaines

16. La situation financière des SICOMI, mémoire soutenu par X. Hourcade et J.-E. Thelie, 1977, Paris-IX Dauphine.

17. Raymond Danziger : Un problème d'évaluation, l'amortissement dans les sociétés de crédit-bail mobilier, Centre de recherches sur la gestion. Cahier de recherches, n. 7702, Paris-IX Dauphine.

décisions sont volontairement ambiguës : les magistrats estiment (ou du moins certains) que même une faible valeur résiduelle peut laisser une « possibilité d'acquérir ». On serait ainsi tenté de penser que la loi de 1966 n'a pas exigé une véritable option mais une « possibilité d'acquérir » et qu'il existe une différence entre les deux expressions. Telle est la décision du 30 novembre 1976 rendue par la Cour d'appel de Rennes¹⁸ : « même s'il était démontré » dit la Cour, « qu'en raison d'une valeur résiduelle faible, le locataire subissait en cas de refus d'acquérir, une perte importante, on ne saurait pour autant déduire... qu'il était privé de toute faculté de choix en ce qui concerne l'acquisition en fin de contrat, mais seulement qu'il était davantage incité à acquérir, qu'ainsi la « possibilité d'acquérir » prévue par la loi du 2 juillet 1966 ne faisait pas défaut ».

51. Qu'il s'agisse d'un meuble ou d'un immeuble, le contrat doit laisser, au bout d'un délai variable, une réelle option au bénéficiaire. Comme en ce qui concerne l'immeuble, le délai de location ne doit pas être trop bref, sinon il laisserait supposer une vente déguisée. Mais, la valeur résiduelle d'un bien mobilier ne peut être un critère déterminant car elle dépend de son obsolescence : au moment où la levée d'option est possible en vertu des stipulations contractuelles, le bien est déjà « techniquement dépassé », le marché propose des modèles plus perfectionnés qui dévaluent d'autant les modèles antérieurs. Dans ce cas, la soule à donner pour devenir propriétaire sera faible, néanmoins, il doit laisser un choix à effectuer : acheter ou non un bien à un prix relativement faible. Le bénéficiaire juge si le bien peut encore lui être utile, s'il est encore d'un intérêt immédiat ou s'il est préférable qu'il se procure un modèle plus perfectionné et plus compétitif.

L'option est de l'essence de la promesse de vente. C'est pour-quoi, certains contrats immobiliers qui prévoient que l'option pourra être levée pour la somme de 1 F ne peuvent être qualifiés de promesse de vente. Il s'agit d'une vente pure et simple déguisée afin de ne pas payer immédiatement les droits de mutation.

52. La location assortie d'une promesse de vente est une technique qui s'est beaucoup répandue ces dernières années notamment dans le secteur mobilier. La Chambre criminelle vient de rendre dans un litige portant sur un crédit-bail mobilier une solution qui devrait faire jurisprudence.

La Cour suprême reconnaît que le contrat contenant la promesse de vente donne naissance à un droit actuel, le droit d'option pour lequel le bénéficiaire a donné une contrepartie pécuniaire. La Cour d'appel avait refusé d'indemniser le locataire d'un véhicule, mis hors d'usage dans un accident, des dommages résultant de l'impossibilité pour lui d'exercer l'option d'achat que comportait le contrat.

18. 30 novembre 1976, D. S. 1978, 302, note G. Parleani.

L'arrêt a été censuré. M. Ch. Larroumet, annotateur de l'arrêt, souligne que la perte de l'exercice d'une option d'achat est une « impossibilité actuelle et définitive d'exercer dans l'avenir un droit déjà né »¹⁹.

La contrepartie de l'obligation du promettant n'est pas la réparation d'un préjudice subi par celui-ci, mais le prix de l'avantage qu'il consent. Elle a, de ce fait, un régime spécifique.

Section III : LE REGIME DE LA CONTREPARTIE

53. Le principe de la contrepartie a été, depuis 1958, définitivement et unanimement admis par la doctrine et la jurisprudence. Néanmoins, les problèmes posés par la prestation donnée dans les contrats de promesse de vente, au sens large du mot, ne sont pas pour autant résolus. En l'absence d'une volonté claire et précise des parties, il est nécessaire de qualifier la prestation qui doit être exécutée par le bénéficiaire ; inversement, la qualification litigieuse aura une incidence sur cette prestation. Prenons un exemple : un acompte sur le prix ne se conçoit que dans une promesse bilatérale ; d'autre part, nous l'avons vu, une clause pénale ne peut pas être une indemnité d'immobilisation ; enfin une indemnité d'immobilisation n'existe que dans un contrat d'option de vente et des arrhes peuvent être versés aussi bien dans un contrat d'option que dans une promesse bilatérale²⁰.

Le régime de l'indemnité d'immobilisation doit être un régime spécifique distinct notamment de celui de la clause pénale. En particulier, elle doit rester en dehors du champ d'application de la loi du 9 juillet 1975 qui permet la révision des clauses pénales.

La loi du 9 juillet 1975 permet désormais au juge de modifier les clauses pénales insérées dans les contrats et notamment de réduire celles qui sont manifestement abusives. Elle fut l'aboutissement d'une longue lutte doctrinale et jurisprudentielle destinée à empêcher certains contractants de profiter d'une situation économique prépondérante pour se faire réparer un préjudice très supérieur à celui qu'ils avaient subi réellement. Ce texte ne peut s'appliquer aux indemnités d'immobilisation qui ne sont pas la réparation d'un préjudice mais le prix d'un avantage consenti.

19. Cass. crim. 16 janv. 1980 : D. S. 1980, inf. rap. 409, note Ch. Larroumet. La Cour suprême s'est exprimée en ces termes : « Attendu qu'en revanche pour débouter L... de sa demande tendant à la réparation du préjudice matériel résultant de l'impossibilité de faire usage de l'option d'achat consentie par la Sté..., la Cour d'appel a déclaré que le dommage allégué ne résultait qu'indirectement de l'infraction, la perte patrimoniale éprouvée trouvant sa source dans le contrat ; Mais attendu qu'en refusant ainsi de tenir compte de ce que l'infraction en mettant obstacle à l'exécution normale dudit contrat avait privé les époux L... des avantages qu'ils étaient fondés à en attendre en contrepartie des sommes qu'ils avaient déjà versés et qui ne correspondaient que pour partie au coût de la location du véhicule, la Cour d'appel a méconnu... »

20. Req. 26 déc. 1927, D. P. 1928, 1, 166.

Un prix librement débattu et accepté par les contractants doit être respecté par le juge. Son montant sert néanmoins de critère de qualification de la prestation fournie. C'est pour cette raison que nous analyserons ce critère avant d'étudier le régime spécifique auquel doit être soumise cette contrepartie.

A — *Le montant de l'obligation du bénéficiaire peut servir de critère*

54. Le contrat d'option a pour objet de permettre au bénéficiaire de profiter d'un délai de réflexion pour prendre sa décision finale. Si celui-ci n'a pas une entière liberté de choix, le contrat est mal qualifié. Nous avons vu que le délai peut être indéterminé, mais l'option doit toujours être véritable.

En pratique, les tribunaux peuvent se trouver devant l'une des situations suivantes. Une promesse de vente a été signée sous seing privé et non enregistrée dans les délais impératifs de l'art. 1840-A du code général des impôts²¹ ; le bénéficiaire qui ne veut ni acheter, ni abandonner l'indemnité d'immobilisation demande au tribunal de prononcer la nullité de la promesse²². Le promettant fait valoir que la promesse valait vente et que la somme versée était en réalité un acompte sur le prix. Ou bien encore, le promettant veut se libérer de ses engagements et soulève cette même nullité à son profit, le bénéficiaire soutient qu'il s'agit en réalité d'une promesse bilatérale. Pour trancher, le juge doit rechercher la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat.

55. La première décision qui, à notre connaissance, se fonde sur le montant de l'indemnité d'immobilisation pour qualifier le contrat est celle du 16 février 1970 rendue par la Cour d'appel de Caen²³. Elle estime qu'un dédit peut constituer la compensation de l'immobilisation du fonds pendant le temps durant lequel la promesse peut être levée et que cette indemnité « n'atteignant pas un cinquième du prix total, il n'est pas possible de décider qu'elle avait pour effet de contraindre le bénéficiaire de la promesse à acheter et de transformer la promesse unilatérale en contrat synallagmatique ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi exercé contre cette décision²⁴.

On peut considérer que la jurisprudence est désormais constante, la Cour suprême rejetant les pourvois exercés contre des décisions ainsi motivées. Ainsi, la Cour d'appel relève à bon droit que « l'indemnité fixée dont le montant représentait approximativement le dixième du prix est exclusive de toute contrainte à l'achat sous une forme détournée et n'altère en rien la liberté

21. « Dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. » V. infra, n. 209 s.

22. Cass. com. 13 fév. 1978, Bull. civ. IV, n. 60, p. 49.

23. D. 1970, 399.

24. Cass. com. 9 nov. 1971, Bull. civ. IV, n. 273, p. 257.

de décision du bénéficiaire »²⁵. Ou encore, « la Cour d'appel a pu constater que, par son importance, l'indemnité ne constituait pas simplement la compensation de l'immobilisation du fonds dans la période d'à peine trois mois allant du 22 mars au 30 juin et qu'elle traduisait l'engagement de l'acheteur »²⁶.

La Cour suprême a eu encore l'occasion très récemment de rappeler aux juges du fond que l'interprétation des conventions ne doit viser qu'à rechercher si le bénéficiaire a eu ou non la liberté de choix : « la promesse de vente présente une ambiguïté rendant nécessaire l'interprétation à laquelle les juges du fond procèdent en retenant qu'elle ne met à la charge du bénéficiaire aucune obligation d'acquérir le bien... »²⁷.

La pratique a adopté une indemnité d'immobilisation de 10 % du prix total de vente. C'est un pourcentage qui tend à se généraliser même dans les conventions purement privées, il semble bien accepté tant par le promettant que par le bénéficiaire. Toutefois, cette contrepartie est un prix librement fixé par les parties et ne doit pas être révisé.

B — *L'obligation du bénéficiaire d'un contrat d'option ne peut être révisée.*

56. Cette stipulation est le résultat d'un accord entre les parties, elle est contractuelle, elle doit être respectée quel qu'en soit le montant. La loi du 9 juillet 1975 permettant la révision des clauses pénales doit être interprétée restrictivement et ne peut concerner les indemnités d'immobilisation qui ne sont pas, nous l'avons vu des clauses pénales.

La loi étant encore relativement récente, les décisions de la Cour suprême ne sont pas très nombreuses et ne répondent pas à toutes les questions. Cependant, il est intéressant d'analyser un arrêt de la 3^e Chambre civile rendue le 26 avril 1978²⁸. Faisant suite à une décision de la Chambre mixte du 20 janvier 1978 qui imposait à la Cour d'appel l'obligation de rechercher en quoi le montant de la clause pénale était excessif lorsqu'elle désirait le réduire, celle-ci complète cette jurisprudence en décidant que les juges du fond n'ont pas à motiver leur décision lorsqu'ils refusent d'en réviser le montant²⁹. En réalité, la clause pénale dans ce litige n'était autre qu'une « indemnité d'immobilisation ». La relation des faits est ambiguë, l'on ne sait réellement s'il s'agit d'une promesse unilatérale ou bilatérale puisque « la somme est due en cas de non-réalisation de la vente » sans autre détail, néanmoins,

25. Cass. com. 8 nov. 1972, Bull. civ. IV, n. 280, p. 264.

26. Cass. com. 13 fév. 1978, Bull. civ. IV, n. 60, p. 49.

27. Cass. civ. III, 13 déc. 1978 : J. C. P. 1979, éd. G., IV, p. 67, Bull. civ. III, n. 373, p. 287.

28. D. S. 1978, 349.

29. Bull. civ. n. 1, p. 1.

il est précisé expressément qu'il s'agit d'une indemnité d'immobilisation dont la Cour d'appel a refusé de modifier le montant. Celle-ci relève que l'indemnité était fixée à 180 000 F, et que le promettant n'avait subi aucun préjudice puisqu'il avait réussi à vendre son bien 150 000 F de plus que le prix qui avait été fixé dans la promesse.

57. Bien que dans cette décision la Cour suprême ne prenne pas parti directement sur le sujet qui nous concerne, il est intéressant de noter que la Cour d'appel a respecté le prix fixé par les parties pour une indemnité d'immobilisation et qu'elle a négligé de prendre en considération le préjudice subi ou non par le promettant. Elle a donc admis que la somme fixée était un véritable prix accepté par les parties et comme tel devait être respecté. Il serait souhaitable que dans les années à venir la Cour suprême ait à se prononcer et puisse distinguer nettement les deux notions afin de mettre l'indemnisation d'immobilisation hors du champ d'application de la loi du 9 juillet 1975.

Le Tribunal de grande instance de Paris vient de rendre, le 17 mars 1981 une décision intéressante pour notre étude. Etant encore inédite, il est utile d'en exposer les faits :

Une promesse unilatérale de vente a été conclue pour une durée de trois mois assortie d'une indemnité d'immobilisation s'élevant au 1/10^e du prix total du bien, soit 75 000 F pour un prix total de 750 000 F. Deux jours avant la fin de ce délai, la promesse est prorogée une première fois de deux mois, une deuxième fois de deux autres mois et une troisième fois de vingt jours. Pour ces prorogations, le bénéficiaire accepte sans difficulté de verser une seconde indemnité d'immobilisation (ou un complément de la 1^{re}) de 174 500 F. L'indemnité d'immobilisation totale atteignait ainsi les 2/3 du prix total.

Le bénéficiaire a demandé en justice le remboursement de la somme correspondant au second versement, après avoir essayé sans succès de réaliser la vente deux mois après l'expiration du délai d'option et un mois après la constatation de la caducité de la promesse par le promettant.

58. Cette décision appelle plusieurs observations :

a) en premier lieu, le Tribunal a justement décidé que l'accord passé entre les parties ne pouvait constituer qu'une promesse unilatérale de vente puisqu'il résultait des documents que l'intention des parties était de conclure un tel contrat, le bénéficiaire se réservant la faculté d'acquérir. *Le montant de l'indemnité d'immobilisation ne peut servir de critère qu'à défaut d'une clause claire et précise.* Ce ne peut être qu'un critère supplétif ;

b) cependant, le Tribunal condamne le promettant à rembourser la somme de 160 000 F en relevant dans les motifs que l'indemnité était manifestement excessive au regard du préjudice réellement subi et qu'il y a donc lieu de faire application de la loi du 9 juillet 1975 (art. 1152 § 2) relative à la modification des

clauses pénales. Cette solution nous paraît vivement critiquable sur le plan des principes. Là encore, les juges ont voulu rechercher l'équité au mépris des principes. Ils ne pouvaient d'une part qualifier la promesse « d'accord valant vente » sans risquer la cassation pour dénaturation et d'autre part admettre un prix d'option leur apparaissant comme déraisonnable ; ils ont préféré modérer l'indemnité d'immobilisation en l'assimilant à une clause pénale en oubliant que la clause pénale ne doit servir qu'à compenser un refus d'exécution d'une obligation. Or, l'indemnité d'immobilisation est un *prix* que promettant et bénéficiaire ont accepté d'un commun accord et que les tribunaux ne peuvent modifier.

59. D'ailleurs, sur quels critères pourraient-ils modifier ce prix ? Il est couramment admis que l'indemnité d'immobilisation s'élève à 1/10^e du prix total, mais pour quel délai d'option ? Il a été admis également comme convenable une indemnité s'élevant à 1/5^e du prix total, mais pour quel délai d'option ? Les décisions admettent la quotité du montant mais ne font aucun rapprochement avec la longueur du délai. Une seule décision (nous l'avons citée) rapproche montant et délai. Si l'on admet que l'indemnité de 75 000 F (montant du 1^{er} versement) pour un prix total de 750 000 F était convenable, il aurait été possible de considérer qu'une deuxième promesse avait été conclue et assortie d'un versement correspondant (à quelque chose près) à 1/5^e du prix total. Le tribunal ne l'a pas entendu ainsi. Si l'on raisonne sur la décision qu'il a prise, on peut en déduire qu'il aurait été d'accord pour admettre que l'indemnité d'immobilisation de 75 000 F soit valable aussi bien pour une période de huit mois que pour une période de trois mois ! En tout cas, le tribunal n'a pas à estimer que le prix raisonnable de la prorogation de l'option aurait été de 14 500 F (174 500 F — 160 000 F = 14 500 F).

60. Les chiffres parlent, néanmoins ce n'est pas sur ce terrain que nous nous plaçons. Les tribunaux n'ont pas à évaluer un prix sauf dans le cas de lésion ou pour constater un défaut de cause. Ils doivent respecter un accord valablement conclu, et c'est cette thèse que nous entendons soutenir. La clause pénale peut être modifiée parce qu'il est possible d'évaluer un préjudice d'après les clauses du contrat qui devait être exécuté, le contrat contient en effet les éléments de calcul du préjudice ; ici, rien de semblable, l'usage veut qu'une indemnité de 1/10^e n'altère pas la liberté du bénéficiaire, mais il est loisible à celui-ci d'accepter toutes les prestations qu'il juge convenable pour compenser l'avantage qu'il demande, et hormis le vice du consentement, il doit tenir ses engagements.

61. Le choix dont dispose le bénéficiaire pendant le délai stipulé est la cause de son obligation à verser une indemnité d'immobilisation.

Si le contrat d'option est annulé pour défaut d'enregistrement

dans les dix jours de son acceptation, le bénéficiaire n'est plus tenu de fournir la prestation promise : « la Sté M... n'étant pas liée par une promesse radicalement nulle, n'était tenue à aucune obligation et (que) la Sté B... ne peut réclamer une indemnisation qui ne pouvait avoir sa source que dans le contrat convenu »³⁰. Cette nullité absolue de l'article 1840-A s'étend également aux stipulations accessoires : dans une affaire récente, le bénéficiaire avait promis de payer une commission à l'intermédiaire dans le cas où il ne donnerait pas suite à la promesse, la Cour suprême casse l'arrêt qui avait maintenu la clause³¹. C'est l'application du droit commun.

62. Le juge pourra également décider la restitution de l'indemnité d'immobilisation dans le cas où le consentement du bénéficiaire n'a pas été libre et exempt de vices. Celui-ci peut invoquer un vice du consentement et obtenir l'annulation du contrat s'il a fait l'objet de manœuvres dolosives. Rappelons que la réticence dolosive est assimilée au dol dans les cas où le vendeur a une obligation de renseignements. C'est ainsi que, lorsque le promettant n'a pas révélé au bénéficiaire, pendant le délai d'option, une servitude d'alignement et un projet de voirie, celui-ci a un motif légitime de ne pas donner suite à la promesse sans pour autant perdre l'indemnité d'immobilisation qu'il lui a versée. Cette indemnité doit donc lui être restituée³².

C — Régime fiscal applicable à l'indemnité d'immobilisation

63. Le régime fiscal applicable à l'indemnité d'immobilisation dépend étroitement de sa nature. Il n'est pas le même pour l'indemnité compensatrice d'un préjudice que pour le prix d'une prestation.

1) en ce qui concerne la taxe sur la valeur ajoutée (T.V.A.).

64. L'indemnité qui répare un préjudice n'est pas soumise à la T.V.A. tandis que le prix d'une prestation³³, d'un service rendu est soumis à la T.V.A.

Or, nous avons pu constater que l'indemnité d'immobilisation

30. Cass. civ. III, 14 déc. 1971 : Bull. civ. III n. 629, p. 449.

31. Paris, 2^e ch. A, 17 oct. 1977 : Gaz. Pal. 1978, 1, somm. 128.

32. Cass. civ. I, 3 oct. 1979 : D. 1980, inf. rap. 17 ; Bull. civ. I, n. 23.

33. « Le mot de service n'est utilisé qu'à propos d'activités professionnelles. Il est donc possible de dire qu'a priori, tout contrat professionnel à titre onéreux, ne s'analysant pas en une vente de bien corporel est un service au sens du droit fiscal. » (B. Grelon, Les entreprises de services, 1978, Economica n° 881).

« La notion de prestation de services est très large et recouvre, en fait, toutes les opérations économiques autres que les livraisons de biens meubles corporels » (art. 256-III du C.G.I. Précis de fiscalité, 1980, Direction générale des impôts, n. 2005).

ne peut pas être considérée comme la compensation d'un préjudice subi par le promettant du fait de l'inexécution d'une obligation mais la contrepartie du service consenti par le promettant. C'est le prix d'une prestation évaluée par le promettant et le paiement en est effectué par le bénéficiaire.

Ce prix doit-il normalement être soumis à la T.V.A. ? En réalité qu'en est-il dans la pratique ? La pratique est composée d'une série de cas particuliers qui se présentent tous d'une manière différente et l'administration n'a pas officiellement pris parti en des termes de principe car elle n'a, semble-t-il, pas eu à le faire. En effet, il faut distinguer si le promettant est une personne physique ou une entreprise³⁴. C'est le promettant qui facture la prestation et reçoit le prix.

65. Si le promettant est un particulier, il apparaît que, n'étant pas assujéti à la T.V.A., il ne soumettra pas l'indemnité qu'il reçoit à la T.V.A. Néanmoins, il devrait le faire. Etant un particulier, cette T.V.A. n'est pas récupérable. L'Administration, dans des cas semblables, paraît hésitante. Son attitude aura tendance à être plus large devant une indemnité d'immobilisation peu importante. La Direction générale des impôts précise que le caractère habituel ou occasionnel des opérations (imposables à la T.V.A.) est, en principe, sans influence sur l'attribution de la qualité d'assujéti aux personnes qui les effectuent³⁵. Cette formule laisse supposer que des cas particuliers peuvent être admis.

Si le promettant est une entreprise, le problème est plus simple : elle déclare dans sa comptabilité l'indemnité et applique la T.V.A. dans sa facturation.

66. Dans un domaine très voisin, le Ministère du Budget a eu l'occasion de faire connaître son avis : il s'agissait des dépôts de garantie reçus par certains promoteurs immobiliers en contrepartie de réservations d'appartements. Par une lettre adressée à la Fédération nationale du Bâtiment, le Service de législation fiscale écarte l'argument qui définirait le dépôt de garantie comme une indemnité correspondant à des dommages-intérêts échappant au paiement de la T.V.A. pour lui appliquer le régime des prestations de services. Le Ministère rappelle que la qualification de dommages-intérêts doit être réservée à des « sommes parfaitement détachables des risques et aléas que comporte couramment l'exercice d'une activité professionnelle »³⁶. La base d'imposition à la T.V.A. est constituée, pour les prestations de services, par toutes les sommes reçues par le prestataire en contrepartie des services qu'il rend à ses clients. Par conséquent, « les indemnités versées à une entre-

34. La T.V.A. n'est pas réservée aux professionnels, elle peut s'appliquer à une opération occasionnelle.

35. Précis de fiscalité, 1980, Direction générale des impôts, n. 2029.

V. pour un marchand de biens. J. Schmidt et Fr. Bénac-Schmidt, note sous cons. d'Et. 23 déc. 1981. D. S. 1982, 229.

36. Droit fiscal 1981, 13, 709.

prise en contrepartie d'une prestation quelconque doivent être soumises à la T.V.A. et ce, quelle que soit leur dénomination ou qualification.

Par analogie, l'Administration fiscale adopterait certainement la même solution pour l'indemnité d'immobilisation.

2) en ce qui concerne l'impôt direct.

67. Les indemnités d'immobilisation sont le plus souvent bloquées chez un notaire ou dans un établissement financier. Considérées comme indisponibles pendant ce délai, elles ne sont pas imposables³⁸. Lorsque l'option n'est pas levée et que le bénéficiaire, par conséquent, renonce à l'achat, elles sont mises à la disposition du promettant et sont alors imposables. Là encore, elles seront imposées différemment si le promettant est une personne physique ou une entreprise.

Si le promettant est une entreprise, la question suivante se pose : cette somme doit-elle être considérée comme un bénéfice lié à l'activité de l'entreprise et imposée comme tel, ou doit-elle être considérée comme liée aux biens composant l'actif de l'entreprise, elle serait alors une plus-value d'actif immobilisé et imposée à un taux bien inférieur, ou, enfin, peut-elle être considérée comme la réparation d'un préjudice subi par une entreprise dans l'exercice de son activité ? Dans ce dernier cas, elle ne devrait pas entraîner d'imposition mais, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, toute somme versée à une société entrant en comptabilité est, en principe, imposable³⁹. M. Cozian note que les dommages-intérêts qui réparent un préjudice sont imposables et cite comme exemple le cas des dédits qu'un marchand de biens perçoit lorsque des clients ne lèvent pas des options d'achat⁴⁰. Pour notre part, l'indemnité étant le prix d'un service doit être imposée au titre des bénéfices résultant de l'activité de l'entreprise.

Si le promettant est une personne physique, l'indemnité est l'équivalent de la rémunération d'un service qui devrait être imposé dans le cadre des B.N.C. qui intéressent « les sources de profits ne se rattachant pas à une autre catégorie de bénéfices ou de revenus » (art. 92 du c. gén. imp.).

CONCLUSION

68. L'obligation du bénéficiaire est la contrepartie de l'avantage consenti par le promettant. Cet avantage est indépendant

37. Il y a aucune obligation à bloquer les sommes.

38. Un revenu indisponible n'est pas imposable.

39. V. sur ce problème : J. Schmidt et Fr. Bénac-Schmidt, note sous cons. d'Et. 12 mars 1982. D. S. 1982, 464.

40. Droit fiscal des affaires, Cours de Droit, 1979-80, p. 90 et la référence : Droit fiscal 1978, 6, n. 184.

de l'offre de vente, c'est un avantage supplémentaire qu'il est raisonnable de payer au promettant. Le bénéficiaire trouve dans l'option contractuelle des intérêts souvent très substantiels ; la cause de l'engagement du promettant dans cette situation juridique spécifique créée par le contrat d'option est, sans aucun doute, l'exécution de la prestation du bénéficiaire.

L'option est l'objet du contrat et son existence doit être recherchée pour chaque litige exigeant la qualification préalable de la convention. Devant l'ambiguïté des termes de celle-ci et le manque d'autres présomptions, la jurisprudence utilise comme critère le montant de la contrepartie pécuniaire pour traduire la volonté commune des parties lors de la conclusion du contrat. Les juges du fond considèrent qu'une indemnité totalement disproportionnée avec le service rendu altère la volonté du bénéficiaire et que celui-ci n'a plus la totale liberté de la décision finale et se sent contraint d'acheter.

Il faut néanmoins noter que cette interprétation ne doit être employée qu'en l'absence d'autres moyens de recherche de la volonté des parties, car ce critère, lorsqu'il est seul, a un caractère par trop artificiel étant donné la nature de l'indemnité d'immobilisation qui se définit ainsi : un prix fixé par les parties et qui, comme tel, doit être respecté.

Nous avons démontré que, dans le contrat d'option, les contractants s'obligent, or, ces obligations sont celles d'un contrat synallagmatique.

CHAPITRE III

LES OBLIGATIONS DES CONTRACTANTS SONT CELLES D'UN CONTRAT SYNALLAGMATIQUE

69. L'article 1102 du Code civil dispose que « le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement ». Le Code distingue ce contrat du contrat à titre onéreux par lequel « chacune des parties est assujettie à donner ou à faire quelque chose ».

Le contrat synallagmatique est un contrat à titre onéreux dont les obligations sont réciproques. Chacun des partenaires est à la fois créancier et débiteur.

La réciprocité des obligations est seule exigée par le Code civil. La doctrine suivie de la jurisprudence a exigé en outre qu'elles soient connexes. Le rapport synallagmatique implique donc des obligations connexes c'est-à-dire interdépendantes : chacun des contractants s'engage parce que l'autre doit exécuter également une obligation.

Dans le domaine des promesses de vente, la Cour suprême a estimé que les obligations nées d'une promesse bilatérale devaient être « rigoureusement symétriques » ou « régulièrement symétriques ». Ceci afin de les différencier des obligations nées du contrat d'option de vente. Cette exigence de symétrie est utilisée comme critère de la promesse bilatérale mais elle ne signifie pas qu'il n'existe pas une symétrie dans le contrat d'option et n'empêche pas celui-ci d'être un véritable contrat synallagmatique.

Section I : LA SYMETRIE DES OBLIGATIONS DANS LE CONTRAT D'OPTION

70. Le 6 janvier 1970, la Cour de cassation refuse la qualification de promesse synallagmatique à une convention dont les obligations ne sont pas « rigoureusement symétriques »¹. Le 8 novembre 1972, elle rend une décision semblable et exige que les obligations soient « régulièrement symétriques »².

Ces décisions étaient, en réalité, une réponse négative à une

1. Cass. com. 6 janv. 1970 : Bull. civ. IV, p. 120, n. 120, J. C. P., II, 16240, Jour. not. art. 49992, p. 458, note Jean Viatte.

2. Cass. com. 8 nov. 1972, Bull. civ. IV, p. 264, n. 280, J. C. P. 1974, I, 17565, note B. Boccara.

thèse qui consistait à soutenir que le contrat d'option contenant un double dédit donnait naissance à des obligations alternatives et pouvait être ainsi considéré comme une promesse bilatérale échappant au champ d'application de l'article 1840-A du Code général des impôts. On évitait donc la nullité absolue des promesses unilatérales de vente pour défaut d'enregistrement.

La Cour suprême, par les deux décisions précitées prend une position de principe et refuse de voir dans la promesse avec double dédit une promesse bilatérale. Aussi nous poserons-nous deux questions :

A. Que doit-on entendre par symétrie dans les promesses de vente ?

B. Quelle est la portée de ce critère dans les promesses de vente ?

A — Que doit-on entendre par symétrie des obligations dans les promesses de vente ?

71. D'éminents juristes ont étudié la nature des obligations et leur incidence sur le rapport synallagmatique^{2bis}. Selon ces auteurs, un contrat faisait naître soit des obligations principales ou essentielles, soit des obligations accessoires ou secondaires. Seules, deux obligations principales étaient en équilibre économique et pouvaient donner naissance à un rapport synallagmatique parfait. On pouvait, dès lors, classer les contrats synallagmatiques en deux catégories : les contrats synallagmatiques parfaits qui créaient des obligations principales à la charge des deux parties et les contrats synallagmatiques imparfaits dans lesquels l'un des contractants n'avait qu'une obligation accessoire. Il n'y avait donc symétrie que dans le cas où le contrat faisait naître deux obligations principales, et seule cette classe de contrats produisait tous les effets du rapport bilatéral tels que la résolution judiciaire et l'exception d'inexécution.

72. Selon cette thèse, la nature des obligations serait un critère de symétrie. Mais sur quel critère fonder la nature des obligations ? M. R. Houin a étudié de façon très minutieuse la classification des contrats ; il s'est refusé à admettre qu'on puisse les distinguer d'après la nature des obligations qu'ils comportent et que l'on puisse définir celles-ci grâce à un critère objectif³.

2 bis. Demolombe, Obligations, t. 1, n. 21.

Picard et Bonhomme, La résolution judiciaire pour inexécution des obligations, Rev. trim. dr. civ. 1912, p. 61 et s.

Aubry et Rau, Droit civil français par Bartin, p. 470, § 341.

3. Roger Houin, la distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux, Thèse 1937, p. 140 et s.

Pour cet auteur, la théorie des contrats synallagmatiques parfaits et imparfaits est inadmissible. Il réfute la thèse qui qualifie d'obligation légale l'obligation de rembourser les frais de conservation de la chose

En effet, la conception objective prend en considération l'équivalence économique des prestations, or, celle-ci est étroitement liée au caractère onéreux du contrat et à ses éléments subjectifs, et c'est justement ce que ces auteurs voulaient éviter : le critère de la nature des obligations se veut, par hypothèse, un caractère objectif. Il faut donc conclure avec M. Houin que « de l'examen critique de ces théories objectives fondées sur l'équivalence des obligations dans les contrats onéreux, il est impossible de distinguer les obligations principales des obligations accessoires ».

La catégorie des contrats parfaits et imparfaits ne présente plus, à l'heure actuelle, d'utilité pratique. Elle suscite seulement des divergences d'ordre doctrinal, notamment en ce qui concerne la connexité. Nous signalons ces thèses ici seulement pour montrer que la recherche de la symétrie n'est pas un phénomène nouveau.

73. M. Jean Viatte a « pesé » la situation des contractants d'une promesse de vente afin de rechercher la symétrie. Il a observé qu'une promesse bilatérale offrait un « parallélisme complet entre les obligations souscrites » tandis que dans une promesse unilatérale « l'engagement du promettant est plus lourd que celui du bénéficiaire ». Il en déduit que « l'obligation du bénéficiaire est secondaire par rapport à celle du promettant qui est essentielle, cette dernière pouvant néanmoins être alternative »⁴. M. J. Viatte tentait l'explication objective du critère. Plus récemment, M. J.-F. Lusseau fait les observations suivantes⁵ : l'indemnité d'immobilisation constitue une obligation réciproque mais cette réciprocité ne signifie pas « l'équivalence dans la situation juridique des deux partenaires ». C'est là le vrai critère objectif : la situation juridique des deux parties n'est pas la même dans le contrat d'option, mais cela ne veut pas dire qu'il n'existe pas dans le contrat d'option une réelle symétrie. Il faut, en outre, remarquer que la Cour suprême n'a utilisé ces formules que dans le but de réfuter les interprétations qui avaient été avancées pour soustraire certaines promesses unilatérales sous seing privé et non enregistrées à la nullité d'ordre public de l'article 1840-A du C.G.I. Elle ne les a plus employées par la suite et à juste raison. En effet, la symétrie ne peut être le critère des promesses synallagmatiques puisque l'on peut observer une égale symétrie dans les promesses unilatérales.

prêtée, déposée ou remise en gage. C'est une conception erronée, à son avis, « la seule existence de l'accord des volontés suffit pour donner aux obligations qui en naissent expressément ou implicitement une coloration contractuelle... toutes ces obligations trouvent leur source dans l'accord de volontés même si elles n'ont fait l'objet d'aucune disposition expresse et qu'elles n'ont été prévues que par des règles supplétives édictées par le législateur ». (p. 130.)

4. J. C. P. 1974, II, 17565.

5. J.-F. Lusseau, Les problèmes actuels posés par la promesse unilatérale de vente immobilière, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 483 et s.

B — Quelle est la portée de ce critère dans les contrats d'option ?

74. Il est certain que l'engagement du promettant est « lourd » puisque nous avons constaté qu'il était double : le promettant fait une offre de vente et consent un délai au bénéficiaire pour faire connaître sa décision. Celui-ci n'accepte que le délai d'option. Il n'a donc qu'un engagement « simple ». Sa situation est différente. Néanmoins, son obligation ne peut être considérée comme secondaire. Elle s'intègre uniquement dans la sphère du contrat d'option, et ainsi, dans cette sphère, elle est l'obligation directement symétrique à l'engagement du promettant de consentir un droit d'option.

L'obligation du bénéficiaire est totalement étrangère au contrat de vente éventuel.

La symétrie existe par rapport à l'objet du contrat. Le promettant consent un droit d'option parce que le bénéficiaire fournit une prestation en contrepartie de cet avantage. La cause de l'obligation du promettant est cette contrepartie. Les deux engagements sont parfaitement symétriques par rapport à l'objet du contrat. Dans le contrat de vente, la symétrie se fait par rapport au bien promis. L'obligation du vendeur (qui s'est engagé à vendre) est symétrique de l'obligation de l'acheteur (qui s'est engagé à acheter).

75. Nous concluons donc que, si l'on veut rechercher une symétrie dans le contrat d'option, on peut constater son existence. Elle existe réellement mais elle s'appuie sur l'autonomie du contrat d'option. Il faut considérer séparément la double proposition du promettant et l'on peut constater qu'il y a une double symétrie parce qu'il y a deux contrats distincts autonomes.

Les situations juridiques du promettant et du bénéficiaire doivent toujours être équilibrées et avoir le même « poids ». Prenons par exemple la promesse unilatérale de vente consentie « sans délai ». Tandis que le bénéficiaire peut à tout moment exercer son droit d'option, le promettant peut à tout moment mettre en demeure le bénéficiaire d'effectuer son choix, d'exercer ce droit. Les deux parties ont de ce fait des situations juridiques équivalentes. Là encore, on peut observer une symétrie parfaite dans le contrat.

76. Certains juristes voient dans l'obligation du bénéficiaire une obligation alternative : celui-ci, pendant le délai stipulé pour la promesse, devrait ou acheter le bien promis ou verser une indemnité d'immobilisation. Nous ne pouvons souscrire à cette analyse, et ceci pour trois raisons :

— Le contrat d'option de vente est un contrat autonome dans lequel le bénéficiaire a une seule obligation : fournir la prestation demandée par le promettant.

— L'objet du contrat d'option n'est pas de vendre un bien

promis mais de créer une situation juridique provisoire (à propos d'un bien déterminé) qui donne au bénéficiaire la maîtrise de celle-ci.

— La troisième raison doit à elle seule emporter notre conviction : les deux branches d'une telle alternative n'ont pas le même objet. Or pour qu'une obligation puisse être qualifiée d'alternative, il faut que les deux branches de l'obligation aient le même objet ; ici ce n'est pas le cas. L'objet de l'obligation du bénéficiaire dans le contrat d'option, c'est le versement de l'indemnité d'immobilisation alors que l'objet de l'obligation du bénéficiaire dans le contrat de vente, c'est le paiement du prix de l'objet. Ces deux prestations ne peuvent donc constituer les deux branches d'une même alternative.

Le seul véritable critère du contrat d'option, c'est le pouvoir détenu par le bénéficiaire en contrepartie de son obligation sur la cession du bien promis. La volonté des parties doit s'exprimer clairement en mentionnant que le bénéficiaire « ne s'est pas engagé à acquérir ». La symétrie n'est pas un véritable critère car elle suppose résolue l'interprétation de la volonté des parties. Or, c'est celle-ci qui est souvent délicate à rechercher.

Section II : LA CONNEXITE DANS LE CONTRAT D'OPTION

Le contrat synallagmatique met à la charge des parties contractantes des obligations réciproques et connexes.

A— *Fondement de la connexité des obligations du promettant et du bénéficiaire*

77. Le Code civil dans son article 1102 parle uniquement de la réciprocité des obligations mais la notion de connexité a été dégagée par la doctrine et utilisée par la jurisprudence comme fondement de l'exception non adimpleti contractus, de la résolution judiciaire et de la théorie des risques. La doctrine la définit comme un lien entre les obligations des contractants qui renforce la réciprocité⁶. La jurisprudence adopte la même idée et décide que « l'interdépendance des obligations donne droit à l'une des parties de ne pas exécuter son obligation quand l'autre n'exécute pas la sienne »⁷.

Pour que des obligations soient connexes, M. R. Houin en accord avec la thèse antérieure de M. Cassin⁸ constate qu'il faut et qu'il suffit que soient réunies deux conditions essentielles : qu'elles aient une source commune et qu'elles soient réciproques.

M. Houin est partisan d'une thèse libérale qui déduit la

6. M. Gabet-Sabatier, *La connexité dans le droit des obligations*, thèse Paris, 1977.

7. Cass. com. 19 déc. 1982, Bull. civ. III, n. 523, p. 431

8. M. R. Houin, thèse précitée, p. 134 et s.

connexité de ces deux seules conditions sans faire appel à la nature des obligations ni à la volonté des parties. Il constate seulement une différence d'intensité dans le lien de connexité. Les obligations peuvent avoir entre elles un lien de connexité plus ou moins intense. « La connexité est une notion plus large que la réciprocité, la connexité est le lien entre les obligations, la réciprocité est le lien entre les sujets de droit »⁹. Lorsque ces deux conditions sont réunies (source commune et réciprocité), la volonté des parties est inutile et une volonté contraire serait même inefficace, « le rôle de la volonté consiste et se limite à placer les parties dans le contexte d'une opération juridique donnée. La connexité des obligations en cause résulte de la logique de l'opération à laquelle la volonté se contente d'apporter son adhésion »¹⁰.

78. En ce qui concerne le droit d'option, les obligations du promettant et du bénéficiaire sont connexes par le seul fait qu'elles naissent d'un même contrat et qu'elles rendent ces contractants chacun à la fois créancier et débiteur de l'autre. Source commune et réciprocité coexistent dans cette situation juridique.

Néanmoins, la volonté a tout de même un rôle à jouer. C'est la volonté des parties qui crée l'intensité plus ou moins forte du lien de connexité. Plus l'intensité du lien sera forte, plus le juge sera enclin à prononcer la résolution du contrat en cas d'inexécution de l'obligation.

Dans le contrat de vente, le lien de connexité est d'une intensité maximum entre l'obligation de transférer la propriété et l'obligation de payer le prix. On a discuté l'influence de la volonté individuelle sur l'intensité du lien qui unit l'obligation du dépositaire et la stipulation d'un salaire, par exemple.

B — *Intensité du lien de connexité dans le contrat d'option*

79. Si l'obligation de l'une des parties est la cause déterminante de l'engagement de l'autre partie, on peut dire que le lien de connexité est d'une intensité maximum. C'est ce qui se passe dans le contrat d'option.

La cause de l'engagement du promettant est l'exécution de la prestation du bénéficiaire¹¹. On ne peut plus dire que le pro-

9. M. Gabet-Sabatier, thèse précitée, p. 25 et s.

10. M. Gabet-Sabatier, thèse précitée, p. 397. Néanmoins, il faut dire que l'opinion doctrinale n'est pas unanime sur ce point. Certains auteurs reconnaissent un pouvoir déterminant à la volonté (Ripert et Boulanger, t. II, 4^e éd., 1952, n. 69) ; M. Louis Lucas (Volonté et cause, 1912, p. 226) notait que lorsque les obligations sont réciproques, si la volonté apparaît, elle transforme l'opération en contrat synallagmatique. Nous estimons, pour notre part que les deux thèses ne s'opposent pas fondamentalement mais que celle qui consiste à distinguer existence du lien et intensité est plus exacte.

11. La Cour de cassation l'a définitivement admis le 23 juin 1958 (arrêt précité n° 44, note 10).

mettant n'a en vue que la vente de son bien, car, d'une part, l'offre avec délai déterminé lui permet d'offrir ce service à l'acquéreur éventuel, et, d'autre part, la vente des biens immobiliers est l'objet de telles spéculations que le promettant n'a pas envie d'immobiliser son bien sans compensation profitable.

Non seulement la prestation du bénéficiaire est la cause du contrat d'option mais cette prestation est considérée par les parties comme devant être équivalente à l'avantage consenti. La jurisprudence a admis ce postulat, nous l'avons constaté : pour qualifier la promesse elle recherche implicitement si le prix demandé est comparable avec l'avantage consenti. La cause de son engagement est absolument indépendante de celle du contrat de vente. Il ne s'oblige pas dans la perspective de recevoir le prix du bien mais l'indemnité d'immobilisation qu'il a stipulée dans le contrat d'option. Si l'on peut minimiser voire effacer l'influence de la volonté dans la connexité, on ne peut pas l'ignorer dans l'intensité du lien de connexité. C'est cette intensité qui permet de décider si l'inexécution de l'obligation du débiteur doit entraîner la résolution du contrat ou justifier l'exception d'inexécution. Elle se constate dans la volonté des parties à la formation initiale du contrat¹².

L'interdépendance des obligations qui se constate dans le contrat d'option a les mêmes effets que dans les autres contrats. Lorsque le promettant viole sa promesse et dispose de son bien en faveur d'un tiers, le bénéficiaire ne peut plus exercer son droit d'option. En conséquence, il est en droit de récupérer son indemnité d'immobilisation. Le contrat sera résolu.

CONCLUSION

80. Le contrat d'option est surtout pratiqué en matière immobilière parce que les biens immobiliers ont une grande valeur marchande et les intérêts en jeu sont importants. Ce contrat crée une situation juridique originale dans laquelle les deux parties trouvent leur intérêt, un intérêt qu'elles essaient d'équilibrer. Leurs obligations réciproques sont interdépendantes, elles sont celles d'un contrat synallagmatique.

En matière mobilière, les contrats d'option sont plus rares, sauf pour les fonds de commerce qui suivent dans ce domaine les biens immobiliers, notamment en ce qui concerne l'article 1840-A du Code général des impôts qui les visent expressément. Les promesses unilatérales de vente de meubles¹³ ne sont pas soumises à ce texte parce que les ventes de meubles ne donnent pas lieu à des droits de mutation. Elles représentent en principe des intérêts

12. La doctrine dominante actuelle reconnaît l'influence importante de la volonté des parties dans le synallagmatisme : F. Terre, *L'influence de la volonté individuelle sur la qualification des contrats*, thèse 1955.

Marty et Raynaud, *Obligations*, n. 65 et 66.

Flour et Aubert, *Obligations*, t. I, n. 84.

13. Autres que les fonds de commerce.

nettement inférieurs et la circulation des biens est plus rapide. Elles sont rares à titre principal mais leur utilisation se développe d'une manière évidente jointes à un contrat de location. Ce sont « les locations assorties de promesses de vente » visées expressément par la nouvelle réglementation destinée à protéger le consommateur (Loi du 10 janvier 1978 relative à la protection de l'emprunteur mobilier).

Les obligations du promettant et du bénéficiaire ont les mêmes caractères dans les promesses unilatérales mobilières et immobilières. Le contrat d'option est identique que l'option soit mobilière ou immobilière.

SOUS-TITRE II

NATURE DU CONTRAT D'OPTION DE VENTE

81. Vers le milieu du xx^e siècle, le courant causaliste mené par Capitant adopta une conception extensive et libérale de la classification des contrats. Un contrat n'est pas, par nature, synallagmatique ou unilatéral ; s'il donne naissance à des obligations réciproques et connexes, il doit être qualifié de contrat synallagmatique. Ce sont les obligations auxquelles il donne naissance qui déterminent sa classification. Capitant note que la promesse unilatérale peut contenir « des obligations réciproques et connexes et devenir ainsi synallagmatique »¹. MM. Savatier et Houin ont soutenu ce courant et se prononcent en faveur de la thèse extensive de la classification des contrats².

Il n'est donc plus possible, aujourd'hui, d'affirmer que le contrat d'option est un contrat essentiellement unilatéral.

Il n'est pas question de reprendre une théorie restrictive totalement abandonnée. Notre objectif est de démontrer que le contrat d'option de vente est par nature un contrat synallagmatique après avoir constaté que la pratique actuelle en a fait un contrat qui donne toujours naissance à des obligations de caractère synallagmatique, sans pour autant l'assimiler à une promesse synallagmatique. C'est pourquoi nous tenterons de dégager les rapports qui existent entre les deux conventions.

Notre étude se divise ainsi en deux chapitres :

- Le contrat d'option de vente est un contrat de nature synallagmatique .
- Le contrat d'option de vente et la promesse synallagmatique.

1. H. Capitant, La cause des obligations, n. 28, note I.

2. M. Savatier, note sous Trib. civ 17 oct. 1928, D. P. 1929, II, 41 : « ces deux termes (synallagmatique et unilatéral) désignent bien moins deux contrats de nature différente que deux moments différents de la vie d'un même contrat ».

M. R. Houin, thèse précitée, p. 205. Nous retiendrons de cette analyse l'idée qu'il n'y a pas de contrat synallagmatique ou unilatéral par nature.

CHAPITRE I

LE CONTRAT D'OPTION EST UN CONTRAT DE NATURE SYNALLAGMATIQUE

82. MM. H.-L. et J. Mazeaud ont écrit : « le caractère unilatéral du contrat n'est pas de l'essence de la promesse de vente »¹. Le contexte social et économique actuel a fait du contrat d'option un contrat spécifique synallagmatique. Notre sous-titre I nous a permis de constater que cette convention contient tous les éléments permettant de le qualifier ainsi. Le contrat d'option a subi l'évolution du droit des affaires. S'il ne transfère pas la propriété et ne réalise pas la circulation des biens, il permet cette circulation, y contribue largement et la facilite. Or, dans ce domaine, on ne connaît plus guère la notion de service gratuit d'autant plus que le service est délibérément sollicité par le bénéficiaire. Si l'option, à l'origine, était le plus souvent une simple clause insérée dans un contrat, l'autonomie de la volonté en a fait peu à peu un véritable contrat spécial.

Section I : LE CONTRAT D'OPTION N'EST PAS UN CONTRAT UNILATERAL

83. Nous trouvons dans le Traité pratique de droit civil français de Planiol et Ripert les termes suivants : « Dans les opérations de commerce juridique, hors le cas d'intention libérale qui est *exceptionnelle et doit être prouvée*, tout engagement a dans l'esprit des deux parties une contrepartie qui est la cause déterminante de l'engagement et à l'obtention de laquelle l'obligation du promettant est subordonnée »².

Doctrines et jurisprudence ont suivi de près l'évolution sociale de l'institution.

84. A. *Doctrines*. Les premières études effectuées sur la promesse de vente la définissaient comme une convention « essentiellement unilatérale » ne faisant apparaître qu'une obligation unique

1. Définition du mot « essence », note 8. Leçons de Droit civil, t. III, par M. de Juglart, n. 797.

2. Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, 2^e éd., 1952, t. VI par Esmein, p. 219.

à la charge du propriétaire, le seul à s'obliger en promettant de vendre. La Doctrine classique de cette époque partageait le même point de vue³.

Néanmoins, en analysant l'institution, ces auteurs ont été amenés à faire au moins deux observations essentielles :

a) ce contrat n'est en aucun cas un contrat de bienfaisance. Bien plus, M. P. Delommez écrit que « le promettant concède un avantage qui est toujours compensé par des clauses diverses où le vendeur retrouve son intérêt⁴ ».

b) cette convention est commutative : elle ne peut être aléatoire car l'évaluation n'est pas incertaine au moment du contrat ; au contraire, aucune opération juridique plus que celle-là ne cherche à établir l'équivalence aussi rigoureuse entre les prestations réciproques. On doit cependant souligner que lorsque M. H. Boyer fait cette affirmation, il considère, en réalité, l'équivalence des prestations du vendeur et de l'acheteur⁵, c'est ainsi qu'il est amené à ne voir dans la promesse de vente et la vente qui lui fait suite qu'un seul et même contrat.

L'étude faite en 1930 par M. G. Thirion sur le bail avec promesse de vente démontre que celui-ci permet au bailleur de recevoir la compensation de l'avantage consenti grâce à l'augmentation qu'il impose au preneur⁶.

La multiplication des contrats d'option à titre principal a généralisé la pratique de l'indemnité d'immobilisation. C'est pourquoi M. Ch. Atias a pu écrire que si ce contrat garde encore son qualificatif d'unilatéral c'est « parce que l'une des parties reçoit seule la possibilité de mettre en application la convention projetée »⁷. Pratiquement toute la doctrine reconnaît que le contrat d'option n'est pas un contrat essentiellement unilatéral et que les obligations auxquelles il donne naissance déterminent sa qualification⁸. Nous verrons que M. Ph. Malaurie voit dans cette convention un contrat « virtuellement » synallagmatique.

3. H. Boyer, thèse Toulouse 1931.

P. Delommez, Des promesses unilatérales de vente d'immeubles, thèse Lille, 1947.

Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil, 1943, t. II, n. 2412.

4. P. Delommez, op. cit. p. 60 et s.

5. H. Boyer, op. cit. p. 48.

6. G. Thirion, Le bail avec promesse de vente, thèse Nancy 1930.

7. Ch. Atias, Les biens, t. I, p. 208.

8. Colin et Capitant, 1959, par Julliot de la Morandière, n. 632.

MM. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. III par M. de Juglart, n. 797.

M. J. Ghestin, Le contrat, op. cit., n. 13.

M. Ph. Malaurie, Cours de doctorat Paris II, 1976, La cession de contrat. Précisons que ce qui fait partie de l'essence d'une chose est indispensable à sa composition. S'il manque à cette chose un élément, elle ne peut plus avoir la qualification donnée. On a ainsi pu dire que *le transfert de propriété n'était pas de l'essence de la vente mais seulement de sa nature*. Il n'est pas attaché par un lien nécessaire au contrat lui-même et les parties peuvent convenir de le reporter (Jeanne Vandamme, note au D. P. 1934, I, p. 153, col. 2).

85. B. *Jurisprudence*. La jurisprudence a été dans l'obligation d'adapter ses solutions au contexte social et de tirer les conséquences de l'évolution psychologique des contractants.

Prenons comme exemple les formalités des articles 1325 et 1326 du Code civil. Ces dispositions soumettent à des formalités différentes les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques (art. 1325) et ceux par lesquels une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent (art. 1326).

86. Fallait-il soumettre les promesses de vente à l'article 1326 ou à l'article 1325 ? La jurisprudence s'est acheminée prudemment vers la seconde solution en tenant compte des obligations contenues dans le contrat.

En effet, les magistrats soumettaient tout naturellement les parties qui concluaient une promesse unilatérale de vente aux prescriptions de l'article 1326 du Code civil⁹. L'arrêt fréquemment cité dans ce domaine s'applique à une promesse dans laquelle le promettant s'engageait à verser une somme d'argent dans le cas où il n'exécuterait pas sa promesse¹⁰. Les juges décident que « en vertu de l'article 1326 du Code civil, la promesse par laquelle une seule partie s'engage à payer à l'autre une somme d'argent, doit porter au moins, de la main du promettant, outre sa signature, un bon ou un approuvé avec la somme en toutes lettres ». L'argument décisif avait été le fait qu'un seul exemplaire avait été dressé.

Reconnaissant que l'article 1326 s'adapte mal aux promesses de vente, il reçoit une interprétation restrictive et une décision du 11 février 1975 précise que la formalité du « Bon et approuvé » exigée par l'article 1326 du Code civil ne s'applique qu'aux engagements de payer les sommes d'argent ou de fournir des choses fongibles et ne saurait concerner une simple promesse de vente¹¹.

La promesse de vente ne rentrant pas dans le champ d'application de l'article 1326, il n'y avait pas d'exigence formelle. Néanmoins, tous les actes sous seing privé sont soumis soit à l'article 1326 si l'auteur s'engage à payer une somme d'argent, soit à l'arti-

9. Art. 1326 : « le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose ».

Art. 1326 (L. 12 juil. 1980) : « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres. »

10. Cass. civ. I, 13 fév. 1968, Bull. civ., 1, 49.

11. Cass. civ. III, 11 février 1975, D. S. 1975, inf. rap. 107.

cle 1325 si la convention est bilatérale. Il fallait donc décider du sort des promesses contenant la plupart du temps non seulement une indemnité d'immobilisation mais encore une clause pénale applicable au promettant en cas de rétraction.

87. En outre, en pratique, depuis la loi de 1963 (loi du 19 décembre, art. 7, devenu l'art. 1840-A du C.G.I.) les contractants font l'acte en double exemplaire pour pouvoir l'enregistrer dans le délai impérativement exigé par la loi : en effet, l'article 849 du Code général des impôts énonce que « les parties qui rédigent un acte sous seing privé soumis à l'enregistrement dans un délai déterminé doivent en établir un double... Ce double est revêtu des mêmes signatures que l'acte lui-même et reste déposé au service des impôts lorsque la formalité est requise ».

Il paraît donc logique que les juges exigent que tout contrat, quelle que soit sa qualification et dès lors qu'il contient des obligations synallagmatiques satisfasse aux exigences de l'article 1325. C'est ce qu'ont décidé les juges de la Cour suprême, le 5 mars 1974¹². Le dispositif de l'arrêt peut paraître ambigu et laisser croire à une promesse synallagmatique mais les faits dissipent tout malentendu, c'est pourquoi nous les citerons exactement : « Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt que, par acte sous seing privé du 16 janvier 1969, dame Roudier veuve G... a promis de vendre à F..., *qui a accepté sans prendre l'engagement d'acquérir*, les droits lui appartenant sur une parcelle de terrain ; qu'il était stipulé que F... disposerait d'un délai expirant le 1^{er} janvier 1972 pour lever l'option. » Il s'agit donc bien d'un contrat d'option dans lequel il était stipulé que la propriétaire-promettante devrait verser une indemnité de 20 000 F si elle se rétractait ; de plus, le bénéficiaire avait versé la somme de 500 F qui serait déduite du prix total en cas de levée d'option. La promettante a cédé son bien à un tiers et le bénéficiaire a assigné la promettante en paiement de la somme de 20 000 F. Le jugement et l'arrêt d'appel ont fait droit à sa demande et le pourvoi fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande alors que la promesse aurait dû porter, au moins, de la main du promettant, outre sa signature, un « bon » ou « approuvé » avec la somme en toutes lettres. La Cour suprême a rejeté le pourvoi en décidant que « du fait de ces stipulations à caractère synallagmatique, les dispositions de l'article 1326 qui sont relatives aux promesses sous seing privé par lesquelles une seule partie s'engage ne lui sont pas applicables ». La Cour suprême a considéré pour adopter sa décision le contenu du contrat et non sa qualification. En ceci, les contrats d'option suivent le droit commun des actes juridiques sous seing privé.

88. Nous ne connaissons pas d'arrêt postérieur qui soit aussi explicite ; néanmoins, un arrêt de la 3^e Chambre civile, tout en

12. Cass. civ. III, 6 mars 1974, Bull. civ., n. 109, p. 83.

repreuant les termes désormais constants de la décision précitée du 11 février 1975, permet de penser que la jurisprudence est désormais établie : l'article 1326 § 1 du Code civil ne s'applique pas aux promesses de vente, celles-ci entrent dans le champ d'application de l'article 1325 si elles contiennent des conventions synallagmatiques. « C'est à bon droit », dit la Cour suprême, « qu'une Cour d'appel a déclaré que les formalités prescrites par l'article 1326 § 1 du Code civil ne concernant que les engagements de payer une somme d'argent ou de fournir des choses fongibles et qu'elles ne s'appliquent pas à la promesse unilatérale de vente d'immeubles »¹³.

Cette décision permet d'affirmer que si l'ancienne clause d'option avait soulevé des difficultés, il ne doit plus en être de même pour le « contrat d'option de vente » qui entre, d'une façon certaine dans le champ d'application de l'article 1325 du Code civil.

Section II : LE CONTRAT D'OPTION PEUT ETRE QUALIFIE DE « CONTRAT VIRTUELLEMENT SYNALLAGMATIQUE »

89. M. Ph. Malaurie qualifie le contrat d'option de « contrat virtuellement synallagmatique »¹⁴. Cette qualification lui a été inspirée non pas directement par l'analyse de la convention elle-même mais par celle de sa cession. Cette thèse peut se résumer en deux propositions :

a) la cessibilité de l'option est un principe définitivement admis ;

b) mais la cession de l'option est, en réalité, une cession de contrat « virtuellement » synallagmatique.

a) la cessibilité de l'option est un principe définitivement admis.

90. La jurisprudence, après 1804, déclarait incessibles les promesses unilatérales de vente à défaut d'acceptation du promettant, parce qu'elle considérait qu'elles étaient consenties « intuitu personae » c'est-à-dire en considération de la personne au profit de laquelle elles étaient conclues.

Néanmoins, après plusieurs décisions assez floues, la Cour d'Aix, le 21 décembre 1863, ayant refusé la cession d'une promesse unilatérale de vente qui n'avait pas été acceptée par le promettant, est censurée par la Cour suprême le 31 janvier 1866¹⁵. Depuis lors, la cessibilité des promesses n'a plus été remise en question. Il n'existe que deux cas qui empêchent la libre cessibilité de la promesse : en cas de stipulation expresse insérée dans la conven-

13. Cours de doctorat 1976-1977, La cession de contrat.

14. Cass. civ. III, 30 oct. 1978, Gaz. Pal. 1979, 1, somm. 23.

15. Cour d'appel d'Aix : D. P. 1865, 2, 129.

Cass. civ. 31 janv. 1866, D. P. 1866 1, 69 .

tion, et, lorsque la nature de la convention implique l'intuitu personae, tel le contrat de location-gérance, par exemple ¹⁶.

b) la cession de l'option est non pas une simple cession de créance mais une cession de contrat « virtuellement » synallagmatique.

91. Il faut préciser, tout d'abord, que le droit français n'admet pas la véritable cession de contrat. Il n'admet pas, tels les droits italien et portugais, que la cession de contrat est le transfert unitaire et intégral du rapport contractuel ¹⁷. Il faut donc décomposer la cession de contrat en deux opérations distinctes, la cession de créance et la reprise de dettes.

La cession du contrat d'option est donc, en premier lieu, une cession de créance. Fallait-il donc soumettre la cession de cette créance aux formalités de l'article 1690 du Code civil ? En vertu de ce texte, le cessionnaire doit signifier la cession au débiteur cédé ; tant que la cession n'a pas été signifiée, le débiteur ne peut ni se la voir opposer, ni s'en prévaloir ¹⁸. Une décision de la Chambre civile du 4 mars 1931 rendue dans un litige portant sur des cessions successives de promesses de vente a assoupli le principe et a décidé que « le défaut de signification ne rend pas le cessionnaire irrecevable à réclamer du débiteur cédé l'exécution de son obligation, quand cette exécution n'est susceptible de faire grief à aucun droit advenu, depuis la naissance de la créance, soit au débiteur cédé, soit à une autre personne étrangère à la cession » ¹⁹. « En cas de cessions successives d'une promesse de vente non signifiée au promettant ni acceptée par lui dans un acte authentique, le dernier cessionnaire est recevable à exiger la réalisation à son profit ¹⁹. »

92. Toutefois, si la cession est admise sans formalités, le principe contenu dans la décision du 31 janvier 1866 demeure valable : « le cédant quelles que soient les stipulations intervenues entre lui et le cessionnaire n'en reste pas moins obligé directement vis à vis de l'auteur de la promesse ».

M. Malaurie fait alors le raisonnement suivant : si le bénéficiaire-cédant reste obligé envers le promettant malgré la cession, c'est qu'il est débiteur virtuel du prix de vente. De ce fait, la cession du contrat d'option comprendrait donc une cession de créance et une cession de dettes ; cette dernière n'étant pas admise en droit français, elle ne peut s'opérer que par l'acceptation expresse du créancier. Il y a bien cession d'un contrat synallagmatique.

93. Il ne s'agit donc plus simplement d'une cession de créance,

16. Cass. com. 17 juill. 1978, Gaz. Pal. 1978, 2, somm. 354.

17. Ph. Malaurie, Defrénois 1976, p. 1009 et s.

18. Cass. civ. 30 juin 1938, D. P. 1939 1, 26.

19. D. P. 1933, 1, 73, note Radouant.

et, comme le fait remarquer M. L. Boyer, cette particularité accuse l'autonomie de l'institution²⁰.

M. Malaurie cite également à l'appui de sa thèse la pratique notariale qui prévoit à la fois les formalités de l'article 1690 du Code civil et l'obligation du cédant en paiement du prix pour le cas où le cessionnaire après avoir levé l'option ne paierait pas le prix. La formule notariale est la suivante : « lequel (le promettant) après avoir pris connaissance de la cession qui précède, tant par lui-même que par la lecture que lui en a donné le notaire soussigné, a déclaré avoir cette cession pour agréable et se la tenir pour bien et dûment signifiée... Il déclare, en outre, accepter X... (cessionnaire) comme bénéficiaire de la promesse de vente par lui consentie à A... (cédant) mais sous réserve de tous ses droits et actions contre ce dernier pour le cas où, la vente étant validée, X... n'en exécuterait pas toutes les charges et conditions ». Cette clause permet au promettant de réserver ses droits malgré son acceptation de la cession, car son acceptation expresse de changement de débiteur emporterait renonciation à tous les droits sur le précédent débiteur. Mais cette pratique signifie, a contrario, qu'en l'absence d'une acceptation expresse de changement de débiteur, le promettant reste créancier du bénéficiaire originaire pour le prix et les autres obligations stipulées au contrat, autrement dit celui-ci est bien débiteur virtuel de son cocontractant.

94. M. Malaurie démontre ainsi que la cession d'une promesse unilatérale de vente n'est pas une simple cession de créance mais une véritable cession d'un contrat « virtuellement synallagmatique ».

Néanmoins, de nombreux contrats comportent une clause de substitution. Le promettant accepte par là même le ou les cessionnaires de la promesse qu'il a consentie. S'il désire que le cédant originaire soit garant du prix et des charges prévues, il doit insérer dans son contrat d'option une clause similaire à celle que nous venons de citer précédemment.

M. Malaurie ne fait aucune allusion dans sa démonstration à l'obligation du bénéficiaire dans le contrat de promesse unilatérale. Il s'appuie seulement sur la dette virtuelle de l'acheteur. Notre étude est centrée sur le contrat d'option, contrat autonome et parfait. Nous considérons que c'est un contrat de nature synallagmatique.

Section III : LE CONTRAT D'OPTION DOIT ETRE CONSIDERE COMME UN CONTRAT DE NATURE SYNALLAGMATIQUE

95. La nature synallagmatique du contrat d'option peut s'expliquer de deux façons :

20. L. Boyer, in Encyclopédie Dalloz, V. Promesse de vente, n. 85 et 86.

a) d'une part, c'est un contrat que l'on peut qualifier de « contrat d'affaires » utile à la circulation des biens. Son contexte même le prédispose à avoir un tel caractère. C'est une des étapes du contrat de vente et les futurs contractants d'une vente ont, de tout temps, eu le désir de moduler leur contrat et de multiplier les étapes (pourparlers, accord de principe, protocole d'accord...). Le droit auquel donne naissance le contrat d'option est un « bien » qui peut faire l'objet de cessions et peut atteindre une valeur considérable, notamment lorsque le bien promis est un bien immobilier recherché ou un fonds de commerce rentable. Il est légitime que le propriétaire d'un bien cherche à tirer profit de l'avantage qu'il consent. On a maintes fois expliqué que les biens immobiliers ont une valeur fluctuante et que le promettant peut refuser d'alléchantes propositions pendant l'immobilisation de son bien. Nous n'y reviendrons donc pas.

b) d'autre part, l'un des objectifs du contrat d'option qui est de rendre l'offre irrévocable devrait s'effacer au profit de son objectif essentiel : donner au bénéficiaire un « véritable pouvoir ». L'objet du contrat, c'est « la possibilité de mettre en application la convention projetée » écrit M. Atias²¹.

Le droit français n'admettant pas en règle générale la force obligatoire de l'engagement unilatéral de volonté, la convention permettait l'irrévocabilité de l'offre puisque celle-ci devenait une stipulation contractuelle²².

96. Le contexte actuel est plus favorable à la reconnaissance d'une certaine force obligatoire de l'offre²³ sans pour cela l'admettre expressément. Dès lors, le maintien de l'offre n'est plus la finalité première de la promesse unilatérale. Nous avons déjà fait remarquer que l'harmonisation des droits de la Communauté (C.E.E.) passerait certainement par la reconnaissance de la force obligatoire de l'offre ; le droit belge, si proche du nôtre (nous avons le même Code civil) l'admet et s'est aligné, par là même, sur les droits allemand, néerlandais et danois qui ont une conception différente du contrat et surtout de l'acte juridique. En outre, le législateur français organise, dans le but de protéger le consommateur une offre irrévocable. La loi du 10 janvier 1978, relative au crédit mobilier exige que l'offre du prêteur soit maintenue 15 jours (art. 5 § 1) et la loi du 13 juillet 1979 relative au crédit immobilier porte le délai à 30 jours (art. 7). Le contexte actuel est donc favorable au maintien irrévocable de l'offre hors du champ contractuel.

21. Ch. Atias, *Les biens* n. 155.

22. P. Delomez, *Les promesses unilatérales de vente d'immeubles*, thèse précitée, p. 60 et s. : « l'accord de volonté est indispensable pour expliquer l'obligation du maintien de l'offre pendant un certain délai dans un

23. V. supra n° 22 et 23.

97. Cette évolution constante de l'offre vers l'engagement unilatéral de volonté réserve au contrat d'option une place définie dans l'éventail des contrats spéciaux et synallagmatiques. Le propriétaire qui désire donner un délai de réflexion relativement court à un acquéreur éventuel et se ménager ainsi une chance de plus de conclure la vente s'en tiendra à une offre simple avec délai. Le bénéficiaire s'en contentera. En revanche, si les contractants désirent conclure un accord plus équilibré dans lequel chacun veut stipuler des clauses avantageuses pour lui, ils concluront un contrat d'option de vente. Le promettant peut ainsi retirer de la convention un avantage qu'il juge équivalent à celui qu'il consent et le bénéficiaire accepte de s'obliger car il sait qu'il va disposer d'un « pouvoir » que ne lui donnerait pas une offre simple, un pouvoir qui lui donne la *maîtrise totale* du contrat.

98. Il faut noter que les législations étrangères qui admettent la force obligatoire de l'offre connaissent également le contrat qui permet au promettant et au bénéficiaire de stipuler des clauses spéciales réciproques. Ainsi, en Allemagne, les « conventions d'option » permettent de stipuler des délais spéciaux généralement plus longs que les délais légaux. Grâce à cette convention, le bénéficiaire a le droit de réaliser le contrat de vente par une déclaration unilatérale de volonté. L'Italie connaît également les pactes d'option (*patto di opzione*) distincts de la simple promesse appelée « contrat préliminaire ».

99. Le contrat d'option est donc devenu un contrat spécial synallagmatique par nature. Le synallagmatisme du contrat ne peut être contesté. En effet, d'une part, c'est un contrat à titre onéreux, d'autre part, l'obligation du bénéficiaire est la cause déterminante de l'obligation du promettant. Nous avons vu que la doctrine est unanime pour reconnaître qu'en consentant un droit d'option, le promettant n'a aucune intention libérale. Il désire en retirer un avantage personnel. Mais le fait qu'il soit à titre onéreux ne prouve pas qu'il soit synallagmatique, la jurisprudence vient de le confirmer récemment. Une décision du 7 juin 1979 nous fournit un exemple de contrat unilatéral à titre onéreux²⁴.

S'il est à titre onéreux et que la contrepartie stipulée par le promettant et exécutée par le bénéficiaire soit la cause déterminante de l'obligation principale du contrat, le contrat est alors un contrat synallagmatique. C'est bien la situation du contrat d'option ; nous avons vu que les magistrats relèvent expressément dans leurs décisions que l'indemnité d'immobilisation est la cause déterminante de l'engagement du promettant²⁵.

24. Cass. civ. I, 7 juin 1979, D. S. 1980, inf. rap. 261, note J. Ghestin.

25. Cass. civ. sect. com. 23 juin 1958, D. 1958, 581.

CONCLUSION

100. Il y a trois raisons principales pour reconnaître que le contrat d'option est un contrat de nature synallagmatique :

a) *le contexte social s'y prête* : la pratique de l'indemnité d'immobilisation se généralise et les textes officiels en font état (les lois nouvelles précitées visant à protéger le consommateur)²⁶ ; on peut ajouter également l'époque favorable à l'harmonisation des droits européens et à la force obligatoire de l'offre qui destine le contrat d'option à atteindre des objectifs autres que le simple maintien de l'offre.

b) *la volonté des parties l'implique* : il ressort de la totalité des litiges survenus à propos d'un contrat d'option, que promettant et bénéficiaire ont entendu faire de leur contrat un contrat dont les prestations sont équilibrées et interdépendantes²⁷. Les formalités qu'ils ont à accomplir (formalité d'enregistrement) donnent sa dimension à la convention et la détachent des institutions apparentées.

c) *la règle juridique l'impose* : le contrat étant reconnu comme un contrat à titre onéreux autonome et la volonté des parties étant, sans contestation, de faire de leurs prestations réciproques, des prestations interdépendantes, le contrat d'option est bien, en vertu des règles contenues dans le Code civil, un contrat synallagmatique.

26. La loi du 13 juill. 1979 (art. 17) prévoit que « lorsque la condition suspensive n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit ». En outre, en ce qui concerne les locations assorties de promesse de vente et en cas de non-réalisation de la condition, « le bailleur est tenu de restituer toutes sommes versées par le preneur à l'exception des loyers et des frais de remise en état du bien » (art. 28).

27. Si l'interdépendance des obligations n'est pas entièrement soumise à la volonté des parties, il ne fait aucun doute qu'elle a une influence importante quant à l'intensité du lien de connexité. L'étude du contrat d'option a fait apparaître que l'élément intentionnel est constaté dans toute convention.

CHAPITRE II

LE CONTRAT D'OPTION ET LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE

101. Dans le domaine contractuel qui précède la vente définitive, nous rencontrons non seulement le contrat d'option mais encore la promesse synallagmatique. La promesse bilatérale contient un engagement de vendre et un engagement d'acheter alors que le contrat d'option ne contient que l'engagement de vendre. Elle peut être le résultat d'une offre et d'une acceptation, elle peut être aussi formée par la levée de l'option d'une promesse unilatérale de vente. L'autonomie de la volonté en ce domaine a permis la passation de conventions très différentes dans leurs effets¹.

La pratique fait apparaître trois sortes de promesses bilatérales :

a) la convention passée sous seing privé ne contient aucune stipulation au sujet des effets de la vente : la promesse vaut vente entre les parties. Les effets de la vente sont immédiats. La réitération de la vente par acte notarié permettra seulement l'opposabilité de la vente aux tiers.

b) la convention passée contient une stipulation par laquelle tous les effets de la vente y compris le transfert de propriété sont

1. Il faut écarter du débat ce que l'on appelle les « protocoles d'accord » ou encore simplement « protocoles ». Ces actes juridiques portent sur des accords de volontés complexes et multiples et sont constatés par des procès-verbaux dressés entre les parties. Ils sont utilisés aussi bien pour des arrangements ou partages de famille, que pour des créations, transformations ou dissolutions de sociétés ou dans toute matière (M. Morin, *Le compromis*, in 62^e congrès des notaires de France, p. 205).

En réalité, chaque fois que l'on se trouve en présence d'un tel acte (*instrumentum*), il faut s'interroger sur la véritable intention des parties. Ont-elles voulu faire de cet acte une véritable convention bilatérale avec tous les effets juridiques qu'elle entraîne ou ont-elles simplement désiré fixer leurs intentions à un moment donné et par conséquent considérer cet acte comme une simple base de travail pour l'établissement d'une convention future ? Il importe donc en pratique que les rédacteurs de l'acte aient clairement exprimé leur volonté sur ce point. Ajoutons qu'un simple protocole d'accord n'ayant pas d'effet juridique peut néanmoins, éventuellement, être utilisé, lorsqu'une convention a été ensuite passée et dans le cas d'une ambiguïté des termes de cette convention, pour l'interprétation de celle-ci.

reportés à une date ultérieure déterminée. Il s'agit alors d'une vente à terme.

c) la convention passée contient un engagement de vendre et d'acheter qui ne vaut pas vente. La formation du contrat de vente est reportée à la passation de l'acte authentique.

On appelle improprement ces promesses bilatérales des « compromis », expression qui, d'après les spécialistes, eux-mêmes, a une signification vague et s'applique à des contrats préparatoires aux effets divers².

102. La promesse bilatérale soulève bien des difficultés. Lorsqu'elle retarde la formation même du contrat de vente, elle paraît faire échec à l'article 1589 du Code civil qui dispose que « la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement sur la chose et sur le prix » puisque dans ce cas la promesse de vente ne vaudra pas vente. Cette convention est-elle licite ? Quels en sont les effets ? Jouit-elle d'une autonomie parfaite ou doit-on constater qu'elle est absorbée tantôt par le contrat de vente, tantôt par le contrat d'option ? Nous étudierons ces problèmes mais la question préliminaire qui se pose à nous, tout d'abord, est de savoir à quelle sorte de promesse se réfère le Code civil dans son article 1589 qui est l'unique disposition consacrée aux promesses de vente.

Notre étude portera donc sur trois points :

Section I. Le domaine d'application de l'article 1589 du Code civil.

Section II. L'article 1589 du Code civil et la volonté des parties contractantes.

Section III. L'autonomie de la promesse synallagmatique.

Section I : LE DOMAINE D'APPLICATION DE L'ARTICLE 1589 DU CODE CIVIL

103. Pendant de nombreuses années, la doctrine se partage entre les auteurs qui soutiennent que l'unique disposition du Code civil consacrée aux promesses de vente ne concerne que les promesses bilatérales et ceux qui sont convaincus qu'elle ne peut que se rapporter aux promesses unilatérales.

Ainsi, pour Planiol notamment, l'article 1589 vise les promesses unilatérales ; les autres promesses sont des ventes véritables puisqu'elles réunissent tous les éléments de la vente. L'article 1583 du même Code qui dispose que la vente est parfaite entre les parties « dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé », est suffisant, l'article 1589 serait, en conséquence une disposition législative inutile si on lui donnait une interprétation différente. Les promesses bilatérales sont des ventes véritables mal qualifiées, il suffit donc

2. R. Chauveau, *La pratique des compromis*, 1975.

de leur appliquer le principe général selon lequel il faut déterminer la nature d'un acte juridique d'après les éléments qui le composent plutôt que d'après la qualification donnée par les parties³. Sa théorie consiste à mettre l'accent sur la différence entre accord et consentement. Dans la promesse unilatérale, il y a consentement réciproque sur la chose et sur le prix : l'une et l'autre partie ont déterminé ces deux éléments essentiels, elles ne sont pas d'accord pour acheter. L'un des parties réserve son accord pour l'achat. L'obligation réciproque n'existe pas encore. La distinction entre consentement réciproque et obligation réciproque est subtile, elle est même jugée d'une subtilité excessive⁴.

104. M. E. Gaudemet soutient également que l'article 1589 ne vise que les promesses unilatérales. Selon cet auteur, le Code civil consacre la solution de Pothier et l'ancienne pratique en la simplifiant encore. Suivant celle-ci, dès que l'acheteur déclarait qu'il levait l'option, la vente était parfaite et si le vendeur refusait la délivrance, un jugement pouvait l'y contraindre⁵. A la différence de l'Ancien droit, selon le Code, le contrat de vente est réputé passé, le jugement constate simplement la vente. M. Gaudemet explique la rédaction du Code civil par le désir d'aplanir les difficultés soulevées par l'existence de promesses unilatérales sans accord sur la chose et sur le prix qui étaient déjà signalées par Pothier et dont l'exécution forcée s'avérait malaisée faute d'accord sur ces éléments essentiels. L'article 1589 ne s'appliquerait qu'aux promesses contenant un accord sur la chose et sur le prix, c'est-à-dire dans lesquelles chose et prix seraient déterminées.

Pour ces auteurs, il n'y a pas lieu de distinguer promesse synallagmatique et vente, il n'y a qu'une seule véritable promesse de vente, c'est la promesse unilatérale.

105. L'ensemble des auteurs modernes s'accordent à constater que l'article 1589 s'appliquent aux promesses qui contiennent à la fois engagement de vendre et engagement d'acheter⁶. Les opinions

3. In Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 1956, t. X par J. Hamel, *contrats civils*, n. 175.

4. Y. Loussouarn, *Cours de Doctorat*, 1969-1970, *Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, p. 64.

5. E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, p. 271.

Pothier dans « *Traité du contrat de vente* » se pose le problème de l'exécution forcée lorsque les parties n'ont rien prévu au contrat : d'un côté, il y a la règle « *nemo potest cogi ad factum* » mais de l'autre, cette règle est sans application lorsqu'il ne s'agit pas de « faits extérieurs et corporels » de la personne du débiteur ; il décide donc qu'il peut « se suppléer par un jugement tel que nous l'avons apporté, qui ordonnera, que faute par le débiteur de vouloir passer un contrat de vente, le jugement vaudra pour contrat » (n. 479).

6. Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. II, 1^{er} vol., n. 113.

Weill et Terre, *Droit civil des obligations*, 2^e éd. n. 109.

J. Ghestin, *Le contrat*, op. cit., n. 238.

des auteurs ne sont pas pour autant identiques : les uns ne voient dans les promesses bilatérales qu'un contrat de vente pur et simple⁷, les autres essayent de construire une théorie propre à la promesse synallagmatique en soulignant les différences qui la séparent du contrat principal qui n'en est que l'exécution. Selon ces derniers, l'article 1589 réglerait, aussi bien pour les promesses unilatérales que bilatérales, un *problème d'exécution forcée* : pour ceux-ci, le principe « promesse de vente vaut vente » signifie que le bénéficiaire de la promesse peut obtenir des tribunaux, en cas de refus du promettant, un jugement constatant la vente. L'article 1589 aurait pour objet de décider que le bénéficiaire peut recourir à l'exécution forcée⁸. La promesse de vente permettrait donc de différer la formation du contrat de vente tout en ayant la possibilité d'obtenir l'exécution forcée.

106. Selon M. L. Boyer, c'est le contexte historique qui permet de démontrer que l'article 1589, d'une part s'applique aux promesses synallagmatiques, et d'autre part, que ces promesses doivent être distinguées de la vente.

Au Bas-Empire, la loi « Contractus » vise l'hypothèse « où les parties ont entendu subordonner la réalisation d'une vente à la rédaction de l'acte écrit qu'elles se sont engagées à passer ». Il y a bien deux institutions distincts, et ce, indépendamment du fait de l'inefficacité juridique de la convention.

Dans l'Ancien Droit, au début du xvi^e siècle, la promesse de vendre et d'acheter se distingue également de la vente : « vendre et acheter sont choses différentes de promettre de vendre et d'acheter »⁹. La promesse engendre une obligation de faire dont l'inexécution ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts puisque l'on se heurte à la règle « nemo præcise potest cogi ad factum ».

Puis, Dumoulin, à propos d'une question d'ordre fiscal, le paiement du droit de lods et ventes, fait une distinction entre « la promesse de payer et de livrer » qui est une véritable vente donnant lieu à perception de ce droit (promesse de præsentii) et la « promesse de futuro » dont l'inexécution ne donne pas lieu au paiement de cette taxe. Les auteurs et les magistrats se partagent durant une longue période sur le problème de l'exécution forcée qui est une conséquence directe de cette thèse.

Les Parlements et spécialement le Parlement de Paris admettent que la sentence puisse tenir lieu d'acte de vente. Mais néanmoins, la controverse ayant été longue et difficile, les travaux préparatoires du Code civil permettent d'affirmer que l'article 1589 fut destiné à régler ce seul problème d'exécution forcée¹⁰.

7. Marty et Raynaud, op. cit., lo. cit.

Aubry et Rau, Droit civil français, 6^e éd., p. 8 et s.

8. Beudant par Brethe de la Gressaye, n. 28.

L. Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, Rev. trim. droit civ. 1949, p. 1 et s.

9. Paul De Castro in L. Boyer, chr. précitée, n. 10.

10. L. Boyer, chr. précitée, n. 11.

107. M. L. Boyer qui démontre donc par le contexte historique que le Code civil ne rejette pas a priori une promesse de vente autonome reconnaît tout de même que l'on peut faire certaines objections valables à cette autonomie. Par la promesse de vente, les parties s'obligeraient en réalité à vouloir. Or, on ne peut s'obliger à vouloir puisque la volonté n'est rien d'autre que « la capacité d'une libre détermination »¹¹.

Il y aurait donc une impossibilité logique à la promesse bilatérale de vente. On pourrait se trouver devant deux hypothèses : ou le simple projet, ou la vente, mais il n'y aurait pas place pour une institution intermédiaire. Si les parties désirent retarder la formation de la vente, elles doivent affecter leur contrat d'une condition suspensive. Mais n'importe quelle modalité ne peut être qualifiée de condition, et, qualifier condition un élément essentiel au contrat n'a pas toujours été admis.

108. M. Boyer soutient cependant l'autonomie de la promesse réciproque ; « elle se traduit techniquement par une augmentation des éléments nécessaires » à l'existence du contrat de vente et la liste établie par l'article 1108 du Code civil n'a pas un caractère limitatif. La promesse bilatérale impose une obligation précise : « non pas celle de « contracter » mais celle de contribuer à la réalisation du fait qui tient le contrat en suspens »¹².

109. M. Loussouarn réfute la valeur de l'argument historique en rappelant que le Code civil a consacré le transfert de propriété « solo consensu » et que celui-ci implique une dissociation entre promesse de vente et vente¹³.

L'article 1589 s'applique aux promesses synallagmatiques de vente, mais celles-ci peuvent être formées par la levée de l'option. Cette disposition du Code civil décide que la promesse de vente vaut vente dès qu'il y a accord des parties et qu'à l'engagement de vendre correspond un engagement d'acheter le bien à un prix déterminé. Les parties, d'un commun accord, peuvent-elles en décider autrement ?

Section II : L'ARTICLE 1589 DU CODE CIVIL ET LA CONVENTION DES PARTIES

110. Dans le Droit positif français le transfert de droit est consensuel. L'accord des parties suffit à réaliser la transmission du droit de propriété. Néanmoins, les contractants sont libres de retarder le transfert de propriété jusqu'à l'accomplissement d'une formalité, par exemple, jusqu'au paiement complet du prix. Ceci est possible parce que, nous l'avons vu, celui-là n'est pas de

11. Von Thur, *Partie générale du Code fédéral des obligations*, Lausanne, 1929, t. II, n. 9, p. 144 in L. Boyer, chr. précitée n. 14.

12. L. Boyer, chr. précitée, n. 15.

13. Y. Loussouarn, *op. cit.*, p. 65 et s.

V. également P. Delommez, thèse précitée, p. 48 et s.

l'essence de la vente, mais seulement de sa nature¹⁴. « En fondant le transfert de propriété sur la volonté des parties, le Code civil adopte, certes, une conception très intellectuelle des droits transmis, mais surtout, il accroît la liberté des parties en augmentant le nombre des combinaisons possibles »¹⁵.

111. Lorsqu'il ne s'agit plus de reporter les effets de la vente, mais de retarder la formation du contrat de vente, les parties peuvent-elles passer une convention qui contient leur accord sur la chose et sur le prix et qui ne vaut pas vente ?

En effet, si les parties sont d'accord et s'engagent à acheter en repoussant à une date déterminée le transfert de propriété, nous avons affaire, en réalité, à une vente à terme. L'article 1589 reçoit application, puisque la vente est parfaite entre les parties quoique les effets en soient repoussés. L'acheteur paye les droits de mutation¹⁶; or, c'est bien souvent pour éviter le paiement de ces droits, au moment de la promesse de vente, que l'acheteur a voulu repousser le transfert de propriété. Pour éviter le paiement des droits, et retarder la formation du rapport contractuel, il faut affecter le contrat d'une condition suspensive.

112. La jurisprudence a toujours respecté, sur ce point, la volonté des contractants, dans la mesure où elle est claire et sans équivoque, ce qui signifie que l'article 1589 n'est pas d'ordre public et que la règle qu'il édicte est seulement supplétive de la volonté¹⁷. Les parties peuvent donc, si elles s'expriment nettement, subordonner la perfection de leur contrat à la rédaction de l'acte authentique. Dans le cas contraire, les juges doivent interpréter la convention : ils peuvent dès lors considérer la passation de l'acte authentique comme une simple modalité d'exécution du contrat n'empêchant pas la vente d'être parfaite. En outre, l'Administration fiscale n'est pas liée par la qualification des parties ; elle examine les données du problème et peut décider s'il y a vente à terme ou vente affectée d'une condition (suspensive ou résolutoire)¹⁸.

14. Note sous Paris, 3 déc. 1930, 19 mai et 15 juillet 1931, D. P. 1931, 2, 147. Selon ces décisions, peu importe que le transfert de propriété soit différé jusqu'au paiement complet du prix et jusqu'à la rédaction de l'acte authentique, il y a vente parfaite. La jurisprudence est toujours constante sur ce point.

15. Ch. Atias, *Les biens*, n. 141.

16. Req. 10 mars 1868, D. 1869, 1, 145.

17. Req. 15 déc. 1891, D. 1892, 1, 576. De cette décision, il résulte que la convention par laquelle les parties décident de rédiger en la forme authentique un acte de vente qu'elles constatent dans un acte sous seing privé est généralement considérée comme n'ayant d'autre objet que de revêtir le contrat d'une forme plus solennelle. La vente est réputée parfaite à moins qu'il ne résulte clairement des termes de la convention que l'intention des parties a été de subordonner la perfection du contrat à la rédaction de l'acte authentique.

Nancy (1^{re}) 6 janv. 1981 : J. C. P. 82, éd. G., IV, p. 365.

18. Dict. Enregistrement, n. 4513 ; Cass. civ. III, 31 janv. 1978 : Journ. Notaires, 1978, art. 54772, p. 309. La Cour d'appel a estimé que la date

La promesse de vente ne vaut pas vente si la passation de l'acte authentique peut être considérée comme une condition suspensive. Mais cette modalité peut-elle être ainsi qualifiée ? En effet, c'est, en réalité le consentement, élément essentiel du contrat, qui constitue la condition suspensive.

A. La condition suspensive peut-elle être un élément essentiel au contrat ?

113. La condition est un domaine dans lequel la doctrine a beaucoup évolué. La notion classique de la condition est celle d'une modalité future, incertaine et accessoire : « toute condition a un caractère adventice, accidentel écrit M. E. Becqué, et on ne peut transformer en condition un des éléments constitutifs du contrat car ce serait alors confondre cause et condition »¹⁹.

Aujourd'hui, la plupart des auteurs admettent que la condition peut affecter la formation du contrat si les parties l'ont décidé clairement et expressément.

114. Tandis que dans la notion classique, si l'on excepte la condition, on se trouve devant un contrat parfait, selon la notion actuelle moderne, la condition peut affecter l'existence même de l'obligation parce qu'elle affecte le consentement des parties. L'obligation est subordonnée à l'événement futur et incertain²⁰. M. Terré, en accord avec cette thèse, souligne que Capitant avait « justement insisté sur le fait que l'accord des contractants peut introduire dans le « champ contractuel » une considération déterminée. Si les contractants attachent une importance essentielle à un élément introduit par eux dans la cause, il y a, dans ce cas, si l'on peut dire, élément essentiel par destination »²¹.

115. Dans ce cas, la condition ne peut pas être rétroactive, mais il est de jurisprudence constante que la rétroactivité n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent conventionnellement déroger à ce principe²². La Cour suprême décide le 24 juillet 1946 que

limite impartie à l'acquéreur pour faire dresser à ses frais l'acte authentique avait été convenue comme condition résolutoire (V. égal. Cass. civ. III, 9 juin 1971, Bull. civ. n. 362, p. 258).

19. Note E. Becqué sous Cass. civ. 19 janv. 1942 : J. C. P. 1942, II, 1815.

20. Beudant, Lerebours-Pigeonnière, t. VIII par Lagarde, n. 747.

Colin et Capitant, 1959, t. II, n. 659.

Planiol et Ripert, 1952, par Esmein, t. VII, n. 1024.

Starck, Les obligations, 1972, n. 1813.

Weill et Terre, Obligations, Précis Dalloz, 2^e éd., n. 891.

Marty et Raynaud, t. II, 1^{er} vol., n. 758.

J.-J. Taisne, La notion de condition dans les actes juridiques, Thèse Lille 1977.

21. F. Terre, L'influence de la volonté individuelle sur la qualification des contrats. Thèse Paris, 1955, p. 258.

22. Req. 10 févr. 1925, S. 1926, I, 61 — Cass. civ. 24 juill. 1946 : J. C. P. 1946, II, 3301, note E. Becqué — Cass. civ. 8 nov. 1950 : J. C. P. 1950, II, 5870, note Cavarroc — Cass. civ. 10 mars 1954, Bull. civ. n. 93, p. 78.

« l'accomplissement de la condition à laquelle est suspendue une promesse synallagmatique de vente opère, en principe, le transfert de la chose vendue rétroactivement au jour du contrat, à moins que les parties n'aient entendu retarder ce transfert jusqu'à la réalisation de l'événement prévu, date à laquelle il se produit « ipso facto ». Dès lors, *la condition serait un élément de formation* que les parties ajoutent aux exigences légales pour repousser jusqu'à l'arrivée de cette condition le moment de formation du contrat ²³.

116. La jurisprudence a eu l'occasion d'admettre qu'une condition suspensive du contrat pouvait être un de ses éléments essentiels, à la suite de l'application de l'acte dit loi du 16 novembre 1940. Celui-ci, qui a depuis été abrogé par une ordonnance du 2 novembre 1945, soumettait les ventes d'immeubles à une autorisation préfectorale. L'autorisation était un élément essentiel au contrat de vente. Ainsi, lorsque les parties avaient conclu une promesse unilatérale de vente d'un immeuble, quel devait être le sort de la levée d'option effectuée avant l'obtention de l'autorisation ?

Deux solutions étaient possibles :

a) on pouvait décider que la promesse bilatérale valait vente ; mais alors, la convention était nulle puisqu'il manquait un élément légal essentiel, l'autorisation administrative. Cette solution aurait servi nombre de contractants de mauvaise foi qui voyaient là un moyen idéal pour se libérer de leurs engagements.

b) on pouvait également voir dans la promesse bilatérale formée par la levée de l'option, une convention autonome par laquelle les parties s'obligent réciproquement à passer le contrat de vente dès l'obtention de l'autorisation préfectorale. C'était alors reconnaître que la promesse bilatérale pouvait produire certains effets spécifiques, mais dans ce cas encore, il y avait deux solutions possibles.

On pouvait considérer que la promesse donnait naissance à une simple obligation de faire. En cas d'inexécution, seule une condamnation à des dommages-intérêts pouvait être prononcée, le tribunal ne pouvait prononcer un jugement valant vente ²⁴.

On pouvait également considérer que la promesse valait vente, mais que la vente devait être réitérée lorsque l'autorisation administrative serait obtenue. Dans le cas où l'un des contractants se refuserait à passer l'acte authentique, le tribunal pourrait prononcer un jugement valant vente ²⁵.

117. La Cour de cassation s'est prononcée par un arrêt de principe, le 15 janvier 1946 : elle a vu dans la promesse bilaté-

23. En ce sens : Ch. Atias, *Les biens*, op. cit.

24. En ce sens, M. Frejaville : J. C. P. 1943, 1, 310.

25. En ce sens, P. Hebraud : J. C. P. 1944, II, 2576.

rale une vente sous condition suspensive non rétroactive, l'autorisation préfectorale. La promesse valait donc vente à compter de la réalisation de la condition, c'est-à-dire à l'obtention de l'autorisation, sans qu'il y ait besoin d'une nouvelle manifestation de volonté des parties. Cette solution affirmait l'application impérative de l'article 1589 dès que les conditions sont réunies, et la possibilité d'une condition suspensive tacite. Citons les termes de l'arrêt : « Si l'acte dit loi du 16 novembre 1940 disposait à son article 1^{er} que pour être valables, les mutations entre vifs de propriété... doivent être autorisées par le préfet, ce texte n'a apporté aucune modification aux règles du Code civil relatives aux éléments constitutifs du contrat de vente qui a été formé dès que les parties sont convenues de la chose et du prix. Son unique effet a été d'en retarder la réalisation en en subordonnant la « mutation » c'est-à-dire le transfert de propriété au contrôle par l'autorisation administrative que ses clauses et conditions ne portaient aucun tort aux intérêts généraux de l'Etat. »

« Par suite, l'autorisation préfectorale, ayant été accordée, a rendu définitive la convention intervenue jusque là imparfaite, et le vendeur n'est pas fondé à se soustraire de bonne foi à l'exécution des obligations qu'il a librement et volontairement contractées »²⁶.

Cette solution était la solution « juste et raisonnable » qui protégeait les acquéreurs des rétractations arbitraires des vendeurs de mauvaise foi.

Cette jurisprudence permet de constater qu'un élément essentiel peut faire l'objet d'une condition suspensive non rétroactive. Néanmoins, la condition même déterminante doit toujours être un événement futur et incertain ; elle ne doit pas non plus être potestative de la part de celui qui s'oblige.

C'est pourquoi l'on peut se demander si la rédaction de l'acte authentique peut être qualifié de condition suspensive.

B — La passation de l'acte authentique peut-elle être qualifiée de condition suspensive ?

118. Reprenons l'exemple de l'autorisation administrative considérée comme une condition suspensive, la condition est réalisée à l'obtention de cette autorisation et le contrat se forme sans que le consentement des parties soit renouvelé. Le Tribunal peut constater la vente si l'un des contractants refuse de réitérer la convention devant notaire. La formalité essentielle à la formation du contrat est bien un événement futur, incertain et extérieur aux contractants. Au contraire la passation d'un acte authentique n'est pas un événement extérieur aux parties, c'est une démarche volontaire à laquelle il n'est pas possible de suppléer si les contractants en ont fait une condition déterminante. En définitive, c'est

26. Cass. civ. 15 janv. 1946 : J. C. P. 1946, II, 3034, note M. Frejaville.

le consentement même des parties qui est donné lors de la passation de l'acte, et, c'est en ceci que la situation est complexe. Celle-ci peut se résumer en deux propositions :

119. a) la réitération par acte authentique de la promesse sous seing privé n'est qu'une modalité d'exécution parce que la promesse vaut vente. Dans ce cas, le consentement définitif est donné dès la promesse, il n'y a pas non plus de condition suspensive ;

b) la réitération par acte authentique est une condition déterminante, la promesse ne vaut pas vente ; le consentement définitif est-il donné ? Il semble bien que non. La réalisation de la condition dépend uniquement de la volonté des contractants, ceux-ci n'ont conclu qu'une simple promesse de contrat donnant naissance à une obligation de passer un contrat de vente. L'objet de la promesse bilatérale est la formation du contrat de vente. Cette formalité peut-elle être qualifiée de condition suspensive ?

120. Si elle est ainsi qualifiée, ne doit-on pas y voir une condition purement potestative ? En effet, il suffit que l'un des contractants refuse de se rendre chez le notaire pour que l'acte de vente ne puisse être signé. A cette objection, il est possible de répondre de deux manières : d'une part, la stipulation d'un dédit enlève le caractère purement potestatif ; d'autre part, la condition est insérée dans un contrat synallagmatique, et nombre d'auteurs soutiennent que cette sorte de contrat ne peut contenir une condition purement potestative puisque chacun des obligés est aussi créancier de l'autre. On rappellera seulement que cette thèse est vivement critiquée par une partie de la doctrine actuelle et une certaine jurisprudence n'hésite pas à appliquer l'article 1174 aux contrats synallagmatiques²⁷. Pour que la condition ne soit pas purement potestative, il ne faut pas que le contrat soit soumis entièrement à la volonté d'un contractant, telle est la tendance actuelle. Cette jurisprudence s'est instaurée lorsque la condition consiste en une demande de prêt afin que l'acquéreur ne puisse pas se soustraire à ses obligations en restant inactif, mais la question se pose en termes plus délicats dans notre étude, puisque la condition suspensive, c'est le consentement définitif du contractant. On peut dire que la stipulation d'un dédit et d'un délai maximum enlèvent le caractère purement potestatif que l'on pourrait trouver à cette condition²⁸. L'expiration du délai rend exigible

27. J. Ghestin, chr. au D. 1973, p. 295 et la jurisprudence.

G. Goubeaux, sous Paris, 15 mars 1974, II, 17786 : "refuser de tenir compte du déséquilibre injuste qu'introduit dans un contrat synallagmatique la faculté pour une seule des parties d'échapper à l'exécution de son obligation en conservant la prestation de son partenaire est incompréhensible". Dans notre étude, il ne s'agit pas de conserver la prestation, mais de perdre une affaire intéressante sur laquelle le partenaire était en droit de compter. (Egal. G. Goubeaux, Defrénois 1979, art. 31987, p. 753.)

28. J. Ghestin, chr. précitée. L'auteur de la chronique montre le lien

le dédit. Si l'un des contractants laisse passer le délai sans signer l'acte authentique, il est censé s'être rétracté et il doit abandonner le dédit stipulé. Néanmoins, l'on peut tout de même dire que les parties ont gardé toute leur liberté dans la mesure où l'un des contractants peut, s'il le désire se rétracter en payant le dédit. Les formules pratiquées couramment chez les professionnels de la vente en témoignent. Citons celle-ci : « Les parties soumettent formellement la réalisation de la présente convention et le transfert de propriété à la condition suspensive ci-après, sans laquelle elles n'auraient pas contracté :

« Les présentes devront être régularisées le... au plus tard par acte authentique devant M^e...

« A défaut de cette réalisation dans le délai prescrit, les parties pourront se considérer, si bon leur semble, comme dégagées de tous engagements pouvant résulter des présentes...

Et cette autre formule :

« A défaut de réalisation authentique dans le délai convenu, les présentes seront considérées comme nulles et non avenues et chaque partie dégagée de tous engagements²⁹. »

121. Ces formules font apparaître que les contractants gardent leur entière liberté de décision. Leur consentement définitif n'est donné que chez le notaire. Il est admis par la jurisprudence que le contrat soit soumis à une condition suspensive semblable si un dédit et un délai sont stipulés³⁰. Néanmoins, il a paru critiquable à certains auteurs de qualifier cette formalité de « condition suspensive ». « En réalité, les parties ont imposé une forme spéciale à leur contrat, elles ont ainsi retardé l'échange des consentements jusqu'à l'accomplissement de cette forme et tant qu'il n'y a pas échange des consentements, la vente n'est pas parfaite³¹. « La pratique recourt trop à la condition ; si une seule partie s'engage, il est beaucoup plus simple de recourir à la promesse unilatérale de vente » trouve-t-on sous la plume d'un autre auteur³².

qui existe entre condition valable et action nécessaire du débiteur. (Aussi, note au J. C. P. 1971, II, 16866). Note B. Stemmer au J.C.P. 1978, II, 18903.

29. M^e Morin, 62^e congrès des notaires de France, 1964, p. 273.

30. Cass. civ. 30 avr. 1954, Bull. civ. I, n. 126, p. 107.

Cass. civ. III, 9 juin 1971, Bull. civ. III, n. 364, p. 259. Il faut que les parties prévoient que l'expiration du délai rend la convention caduque sinon la condition est réputée accomplie conformément à l'art. 1178 du code civil qui sanctionne ainsi la carence du débiteur (Cass. civ. III, 25 avr. 1978, J.C.P. 1979, II, 19056, note S. Galle).

31. M^{me} A.-M. Guerriero écarte cette solution car il s'agit en réalité d'une simple stipulation contractuelle à laquelle les contractants peuvent renoncer d'un commun accord. On ne peut donc pas parler de contrat solennel (L'acte juridique solennel, thèse 1975, p. 83).

32. A. Thuillier, chr. précitée au J. C. P. 1980 (N) 7548. On a également parlé d'un usage abusif du concept à propos de l'autorisation administrative considérée comme une condition suspensive : « L'analyse classique de la condition en tant que modalité d'un rapport de droit conduit à

122. *En résumé*, la jurisprudence admet que les parties passent une convention contenant toutes les stipulations de la vente définitive, affectée d'une condition suspensive déterminante consistant dans la passation d'un acte authentique. Le contrat de vente ne se formera qu'à la signature chez le notaire, mais jusqu'alors les parties n'ont pas donné leur consentement définitif à la vente. Ils n'auront qu'une obligation : celle de signer l'acte authentique. C'est ce que constate un arrêt récent de la 3^e Chambre civile : « Attendu que l'arrêt relève que l'acte sous seing privé du 15 janvier 1975 a réservé le transfert de propriété à l'acquéreur au jour de la signature de l'acte authentique ; que cet acte n'ayant pas été dressé, le transfert de propriété n'a pas eu lieu et que le bien a été vendu à M... ; que la Cour d'appel retient justement que les frères X... n'étaient tenus jusqu'à la signature de l'acte notarié qu'à une obligation de faire qui ne pouvait engendrer au profil des époux B... qu'une créance mobilière sous forme de dommages-intérêts »³³.

Certes, cette convention se distingue de la vente, mais peut-on dire qu'elle est une institution autonome jouissant d'une autonomie parfaite ? Présente-t-elle pour les parties qui la concluent toutes les garanties qu'offre le contrat d'option ?

Section III : L'AUTONOMIE DE LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE

123. Nous avons vu qu'il est possible de subordonner la perfection du contrat à la rédaction de l'acte authentique si l'on peut déduire des termes de la convention ou des circonstances, que telle a été l'intention des parties. Les juges du fond sont souverains pour apprécier cette intention, mais la jurisprudence est constante pour admettre une telle condition suspensive³⁴. Ils peuvent également décider que cette clause ne constitue qu'une simple modalité du transfert de propriété et que le délai imparti pour la réalisation n'est pas un délai rendant la vente caduque, mais une date limite à partir de laquelle la partie défaillante peut être contrainte à exécuter la convention ou à se voir opposer la résolution de celle-ci³⁵. C'est ainsi d'ailleurs que la pratique définit le compromis tel qu'il devrait être. M. R. Chauveau, auteur d'un

écarter l'emploi de ce terme en de semblables circonstances où il s'agit d'éléments essentiels à ce rapport » (Philippe Derouin, Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition, *Rev. trim. dr. civ.* 1978, n. 13).

33. Cass. civ. III, 2 avril 1979 : *Act. jur. P. I.* 1980, p. 83 ; *Jour. notaires* 1980, art. 32385, p. 1062.

34. Req. 10 mars 1868 précité — Req. 5 déc. 1981, *D.* 1892, 1, 576 — Cass. civ. 1947, *J. C. P.* 1947, IV, 38 — Cass. civ. 11 déc. 1963, *D.* 1964, 198.

35. Cass. civ. III, 12 déc. 1978, *Gaz. Pal.* 1979, Pan. 124 — 11 juin 1980, *Gaz. Pal.* 19-20 nov. 1980, Pan. 80 (la jurisprudence est abondante, citons parmi d'autres : Req. 4 mai 1936, *D. H.* 1936, 313 — Cass. civ. 20 janv. 1951, *Bull. civ. I*, n. 35, p. 28 — Cass. civ. 6 oct. 1966, *Bull. civ. I*, p. 350, n. 460 — T. G. I. Nice, 24 oct. 1970, *J. C. P.* 1971, II, 16866, note J. Ghestin).

ouvrage destiné aux praticiens écrit qu'une promesse de vente bien faite doit permettre sa transformation en titre de propriété même en cas de refus de la partie engagée sauf l'effet d'une faculté de dédit³⁶.

Cette conception implique que promettant et bénéficiaire aient donné leurs consentements définitifs à la vente dès la formation de la promesse bilatérale. La clause de dédit est une condition résolutoire : une fois le délai expiré, la condition ne s'est pas réalisée, l'engagement donné n'a pas à être renouvelé.

L'interprétation souvent délicate des conventions rend la question difficile à traiter d'une manière succincte. Or, notre objectif est seulement d'étudier l'autonomie de l'institution afin de connaître son efficacité à différer la formation du contrat de vente.

124. Nous venons de nous rendre compte que, d'une part, les conventions ne sont pas toujours, loin de là, claires et précises, et que, d'autre part, dès qu'un litige survient, une interprétation de la clause est nécessaire et les juges du fond sont souverains. Pour toutes ces raisons, la promesse synallagmatique semble présenter un aléa certain pour différer la formation du contrat de vente.

En outre, les juges voient bien souvent dans ces conventions une vente affectée soit d'une condition suspensive, soit d'une condition résolutoire. La promesse bilatérale ne peut être, dans ce cas, considérée comme une institution autonome. Elle est également considérée comme une simple promesse de passer un contrat : elle ne vaut pas vente et ne donne naissance qu'à des obligations personnelles. Mais alors, peut-on dire qu'elle est différente des autres promesses de contrat ?

Aucun critère valable ne se dégage de l'institution et sa qualification paraît être dans une large mesure dépendante de l'interprétation des juges du fond. Loin de nous la pensée de minimiser la source du Droit qu'est la jurisprudence, mais, dans ce domaine où règne encore l'autonomie de la volonté, les solutions adoptées ne sont pas entièrement détachables du contexte et des circonstances de l'espèce.

125. Les notaires qui ont vu la précarité de cet accord proposent cette formule de convention bilatérale :

« ... le consentement du vendeur à la présente vente et la mutation de propriété sont subordonnés à la condition de la signature de l'acte authentique avec le paiement du prix prévu et des frais dans le délai ci-dessus indiqué. Si M. X... ne pouvait pas ou ne voulait pas passer l'acte et en payer le prix et les frais, le présent accord serait nul et non avenue de plein droit, sans mise en demeure ni demande en justice et l'acompte ci-dessous versé serait acquis à M... à titre de dommages-intérêts. Les parties seraient

36. La pratique des compromis, 1975, p. 80.

alors déliées de tout engagement. Par contre, si le vendeur se refusait à passer l'acte dans les délais impartis malgré sommation à lui faite, l'acquéreur pourrait l'y contraindre par voie judiciaire »³⁷.

126. Cette formule fait apparaître clairement que le vendeur est lié définitivement alors que le bénéficiaire a finalement le choix entre acheter ou abandonner son dédit. Il ne s'engage pas vraiment à acheter et cette formule se rapproche étrangement, en définitive, de l'option contenue dans le contrat d'option. Dans ce cas, on ne peut voir dans la promesse ainsi conçue une institution autonome, elle est absorbée par le contrat d'option. Si le bénéficiaire veut se réserver la faculté d'acquiescer alors que le promettant est définitivement engagé, la seule convention possible est le contrat d'option. Cette appréciation a déjà été expressément formulée par des spécialistes. La seule institution autonome qui a son régime propre, c'est la promesse unilatérale³⁸.

L'indemnité d'immobilisation est la garantie nécessaire et suffisante de la liberté et de la bonne foi du bénéficiaire. Il vaut mieux stipuler une indemnité d'immobilisation dans un contrat d'option qu'un dédit dans une promesse bilatérale lorsque seul le bénéficiaire est libre de se rétracter. Si les contractants concluent une promesse bilatérale sous seing privé, ils seront à la merci d'une rédaction équivoque. Le fait que la promesse bilatérale est hors du champ d'application de l'article 1840-A du Code général des impôts et non soumise à l'enregistrement ne doit pas être suffisant pour la préférer au contrat d'option.

Ainsi que l'écrit M. Chauveau, la promesse bilatérale doit être un avant-contrat de vente qui peut réserver à l'un ou aux deux parties une porte de sortie temporaire, mais sans que soit oublié que celles-ci se sont engagées à acheter et à vendre un bien déterminé. Il faut donc permettre au contractant de bonne foi de faire respecter les engagements que l'on a pris envers lui. Il faut insister sur le fait que toute clause qui laisse un véritable choix ne peut être considérée comme un engagement définitif. La convention qui engage le promettant définitivement et qui permet au bénéficiaire de se dégager, si bon lui semble, n'est, en réalité, qu'un contrat d'option mal qualifié. De même, la convention qui permet aux parties de se dédire pendant un certain délai passé lequel ils retrouveront leur liberté, n'est qu'une simple promesse de contrat et ne donne naissance qu'à une obligation de faire.

37. A. Lapeyre, La promesse de vente, J. C. P. 1975, chr. précitée.

38. Marty et Raynaud, t. II, 1^{er} vol. op. cit., n. 113.

A. Thuillier, chr. précitée.

CONCLUSION

L'étude de la promesse bilatérale appelée souvent « compromis de vente » nous a permis de constater que la seule véritable promesse de vente jouissant d'une réelle autonomie est la promesse unilatérale.

En effet, la promesse synallagmatique — visée par l'article 1589 du Code civil — consiste tantôt en une simple promesse de contrat de vente et n'engendre qu'une obligation de faire, tantôt en un pur et simple contrat de vente sous condition résolutoire, tantôt enfin en un contrat d'option mal qualifié.

CONCLUSION DU TITRE I

127. Le contrat d'option se détache nettement, et du contrat de vente, et des autres conventions précédant celui-ci. Il n'est pas simplement le moyen de rendre l'offre irrévocable ; d'ailleurs, comme nous avons pu le constater, il existe une tendance très nette de la jurisprudence à reconnaître une certaine force obligatoire à l'offre, et le temps n'est peut-être pas très lointain où se réalisera, en la matière, l'harmonisation de notre droit avec ceux de plusieurs pays de la Communauté Européenne.

Le contrat d'option est destiné à créer une situation juridique volontaire dont les caractères spécifiques sont d'être provisoire et incertaine, et à donner au bénéficiaire, sur cette situation, un pouvoir qu'il désire absolu et qui lui permet d'exercer un choix véritable. L'objet du contrat le fait qualifier de contrat spécial.

Le contrat d'option donne naissance à des obligations connexes et symétriques. Le promettant s'oblige à consentir une option pendant un certain délai ; cet avantage implique que celui-ci ne dispose pas du bien promis pendant toute la période stipulée, et qu'il ne consente aucun droit qui le dévaloriserait. L'option est une prestation que le promettant ne fournit qu'en contrepartie d'une prestation du bénéficiaire. L'obligation du bénéficiaire est la cause déterminante de celle du promettant. Ces obligations rendent le contrat synallagmatique.

Si l'on ne peut pas dire que le contrat d'option est un contrat « essentiellement synallagmatique », on peut sans crainte affirmer qu'il est un contrat synallagmatique par nature. L'indemnité d'immobilisation est la contrepartie de l'option ; elle est quasiment généralisée dans tous les contrats établis par des particuliers ou des professionnels.

Si le contrat d'option de vente est un contrat de nature synallagmatique, il n'est cependant pas assimilable à la promesse synallagmatique visée par l'article 1589 du Code civil appelée souvent improprement « compromis » de vente. Cette convention dont l'objectif est de sceller l'accord sous-seing privé des parties peut réserver bien des surprises à ses signataires : en effet elle est tantôt un simple accord de passer un contrat, tantôt une véritable vente à terme. Enfin, si la jurisprudence admet que la promesse bilatérale peut être qualifiée de vente sous condition suspensive

de passer l'acte authentique, les incertitudes ne sont pas pour autant dissipées. Son autonomie est, de ce fait, souvent discutable, et l'on peut alors affirmer que le contrat d'option est la seule convention qui permet efficacement de différer la formation du contrat de vente, car c'est un contrat qui jouit d'une autonomie parfaite. C'est cette autonomie qui fera l'objet du Titre II.

TITRE II

LE CONTRAT D'OPTION DE VENTE EST UN CONTRAT AUTONOME

128. Le contrat d'option est un contrat autonome. Cette expression doit s'entendre de deux façons : d'une part, il se suffit à lui-même, d'autre part, il est original, spécifique.

129. I. *Il se suffit à lui-même*, en ce que le contrat d'option réunit tous les éléments essentiels à la formation d'un contrat : l'objet, la cause, le consentement et la capacité de contracter¹.

S'il réunit tous les éléments essentiels à tout contrat, il faut néanmoins observer que certains de ces éléments sont absolument distincts de ceux du contrat de vente qui suivra éventuellement tandis que d'autres seront communs.

A. Certains de ses éléments sont absolument distincts du contrat de vente éventuel.

130. Tel est l'objet de l'obligation du promettant : nous avons pu constater que celui-ci s'oblige à donner un « pouvoir » sur la situation d'attente créée par la promesse. Cette situation sera complètement anéantie par la levée d'option, elle n'aura plus sa raison d'être, elle est donc purement spécifique au contrat d'option.

Il en est de même de l'obligation du bénéficiaire (contrepartie de l'obligation du promettant). C'est le prix de l'avantage consenti par le promettant. Si l'option est levée, son obligation sera de payer le prix tandis que celle du promettant sera de livrer la chose.

Le contrat d'option étant distinct du contrat de vente, l'éventuel acquéreur n'a pas besoin d'avoir la capacité de disposer au moment où il conclut la promesse.

Enfin, la cause de l'obligation des contractants est différente dans le contrat d'option et dans le contrat de vente. L'avantage consenti par le promettant a pour contrepartie et pour cause déterminante la perception d'une indemnité d'immobilisation ou de toute autre prestation jugée équivalente et satisfaisante par le promettant.

1. Demogue refusait de qualifier la promesse parce « elle ne pouvait pas dans sa propre constitution les éléments de cette qualification » c'est-à-dire elle n'avait pas d'éléments constitutifs propres. (Rev. trim. civ. 1906.)

B. Certains de ses éléments sont communs avec le contrat de vente.

131. Cette situation résulte du fait que le consentement du promettant est contenu dans son offre contractuelle et qu'il n'aura pas à être renouvelé pour que la vente soit parfaite.

C'est ainsi que le promettant doit avoir la capacité requise pour disposer du bien promis dès la conclusion du contrat d'option.

De même, la chose et le prix doivent être déterminés (ou déterminables) dès la formation de la promesse. Le contrat de vente n'étant définitif qu'à la levée de l'option, la chose peut ne pas se trouver encore dans le patrimoine du promettant, mais chose et prix doivent pouvoir être déterminés sans équivoque selon les règles qui régissent le contrat de vente et qu'il serait superflu de rappeler dans le cadre de cette étude. Cela ne signifie pas que le promettant peut vendre la chose d'autrui — le contrat est dans ce cas susceptible d'annulation — mais que la levée d'option peut être subordonnée à l'acquisition du bien par le promettant. Ce cas se produit assez souvent lorsque le promettant est lui-même bénéficiaire d'une promesse de vente.

La levée de l'option est une simple adhésion aux stipulations du contrat d'option, les clauses du contrat de vente doivent toutes être contenues dans le contrat d'option².

132. Nous pouvons nous poser une dernière question : *quel est le rôle du bien promis dans le contrat d'option ?* Ce bien, c'est l'objet du contrat de vente, ce n'est pas l'objet du contrat d'option, néanmoins, il est toujours présent puisque, s'il n'existait

2. Bien que le prix soit déterminé dès la promesse de vente, pour décider s'il y a ou non lésion, le juge prendra en considération la valeur de l'immeuble au moment de la levée de l'option. En effet, la jurisprudence avait interprété de cette manière l'article 1675 du Code civil selon les termes duquel « pour savoir s'il y a lésion de plus des sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente » ; selon une décision de la Chambre des Requêtes, la promesse unilatérale ne constituant qu'un engagement personnel du promettant jusqu'à l'acceptation du bénéficiaire, c'est à ce moment, qu'il faut se placer pour évaluer l'immeuble. (Cass. req. 6 avril 1925 : Gaz. pal. 1925, 2, 192.) La loi de 1949 a entériné cette jurisprudence en ajoutant un deuxième alinéa à l'article 1675 : « en cas de promesse unilatérale de vente, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation ».

Cette règle résulte du fait que la lésion dans les ventes d'immeubles n'est pas considérée comme un vice du consentement mais comme un déséquilibre objectif entre les prestations d'un contrat de vente. L'équité de la solution peut être discutée dans la mesure où le promettant qui a fixé un prix normal dans sa promesse, peut, en usant de la rescision, reprendre cette promesse si la valeur de l'immeuble a augmenté de plus des sept douzièmes, mais, comme le fait remarquer Esmein, est-il équitable que le vendeur reçoive un prix qui ne correspond plus à la valeur de l'immeuble : (Planiol et Ripert, t. VI par Esmein, n. 118).

La conception objective ayant prévalu, la lésion appartient donc au domaine spécifique du contrat de vente et non à celui de la promesse unilatérale de vente. C'est pourquoi nous ne la traiterons pas.

pas, il n'y aurait pas d'option à son sujet. Il justifie le contrat, il est la source du contrat. La jurisprudence n'en tient pas compte pour qualifier le droit né du contrat, toutefois, elle a pris, quand besoin était, cette situation en considération. C'est ainsi que dans une décision de la Cour suprême en date du 16 juin 1925³, on peut lire « Attendu qu'un droit d'option ne peut être détaché de l'objet auquel il s'applique... ». Cette solution était imposée par les circonstances puisqu'elle visait des contrats ou des promesses unilatérales conclues avant le 1^{er} août 1914, mais la situation est toujours la même, et le régime applicable aujourd'hui encore au droit d'option n'en tient pas assez compte.

Plusieurs facteurs contribuent à ce que cette question reste posée et non résolue : en premier lieu, on ne dispose pas de catégorie intermédiaire entre le droit réel et le droit personnel (le droit potestatif reste très marginal, nous le verrons, et sans écho en France actuellement pour diverses raisons); en second lieu, on hésite à protéger des bénéficiaires qui ont abusivement utilisé la technique de la promesse de vente pour s'assurer une position de force. Si ceux-ci ont pu, trop souvent, à l'origine abuser de leur position, la pratique de l'indemnité d'immobilisation a permis d'équilibrer la convention. La situation est quelquefois même renversée : en effet, les promettants, face à la rareté grandissante de certains biens immobiliers, profitent de cet état de choses et se font consentir des contreparties très avantageuses par des bénéficiaires qui ont peur de perdre le bien convoité et qui ne disposent pas de crédits suffisants au moment où l'offre leur est proposée.

Il est nécessaire de faire au droit d'option une place spéciale dans les droits personnels parce qu'il est conclu à propos d'un bien déterminé et que les parties ne s'obligent qu'au sujet de ce bien.

133. II. *Il est original.* Le contrat d'option n'est pas seulement un contrat qui se suffit à lui-même, il est également un contrat spécifique, un contrat spécial à part entière au même titre que le contrat de prêt, de louage ou d'échange, par exemple.

Tout en présentant des points communs avec des contrats tels que le pacte de préférence, il s'en distingue nettement. C'est son originalité qui le fait utiliser très fréquemment, et trop sou-

3. D. 1925, 1, 197 (4^e espèce). D'après les lois du 21 janv. 1918 et 9 mai 1920, pendant la durée de la guerre et jusqu'au 31 juill. 1920, les marchés et contrats conclus avant le 1^{er} août 1914, ayant un caractère commercial et comportant des prestations successives ou seulement différées pouvaient être résolus avec ou sans dommages-intérêts sur la demande de l'une des parties s'il était établi qu'à raison de l'état de guerre l'exécution des obligations lui causerait un grave préjudice. La Cour suprême précise alors que pour l'application de cette loi, il n'y a pas lieu de distinguer la vente et la promesse unilatérale parce que, tant que court le délai d'option et sur la seule déclaration du stipulant de vouloir acheter, le promettant sera contraint de livrer les biens promis à des conditions devenues désastreuses pour lui; les prestations promises ne peuvent être détachées de la convention.

vent dans un but frauduleux car il répond à un besoin réel dans un domaine où l'autonomie de la volonté règne encore. Pourquoi la promesse unilatérale a-t-elle été utilisée dans un but de fraude ? Parce qu'elle lie promettant et bénéficiaire par un acte qui peut rester occulte ou du moins qui pouvait le rester avant que la loi du 19 décembre 1963 vint rendre obligatoire l'enregistrement des promesses sous seing privé. Non seulement cette loi n'a pas fait regresser le nombre de ces conventions, comme l'on aurait pu s'y attendre, mais la conjoncture économique a contribué à lui faire une place de plus en plus grande dans le droit des contrats. Le formalisme qui l'atteint lui a enlevé le caractère un peu mystérieux et ambigu qu'elle avait.

134. Sans revenir sur les éléments constitutifs du contrat d'option qui, nous l'avons dit, en font un contrat parfait, qui se suffit à lui-même, nous nous attacherons à montrer qu'il se démarque totalement du contrat de vente et des institutions voisines dont on l'a rapproché. En premier lieu, le droit auquel il donne naissance, appelé droit d'option, est un droit spécifique totalement différent du droit qui naît du contrat de vente. En second lieu, ce droit essentiellement provisoire, mais avantageux pour les parties au contrat, fait utiliser le contrat d'option pour tourner la réglementation visant la vente ; néanmoins aujourd'hui, il répond à une finalité objective qui a été officialisée, reconnue par le législateur. Enfin, on a rapproché maintes fois le contrat d'option du pacte de préférence et du contrat préliminaire précédant la vente en l'état futur d'achèvement. Or, il présente avec ces institutions des différences notables, et sur ce point aussi, l'originalité et l'autonomie du contrat d'option apparaît. C'est pourquoi, la deuxième partie de notre étude se divisera de cette façon :

Sous-titre I^{er} : Le contrat d'option de vente se détache totalement du contrat de vente.

Sous-titre II : Le contrat d'option de vente se détache des institutions voisines dont il a été rapproché.

SOUS-TITRE I^{er}

**LE CONTRAT D'OPTION DE VENTE SE DETACHE TOTALEMENT
DU CONTRAT DE VENTE**

CHAPITRE 1^{er}

LE DROIT NE DU CONTRAT D'OPTION

135. Le contrat de promesse unilatérale de vente ou contrat d'option donne naissance au profit du bénéficiaire à un droit qui consiste à lui laisser le choix de conclure ou non le contrat de vente. Ce droit est appelé « droit d'option ».

L'option est une notion courante dans le domaine juridique. Le Code civil donne de multiples exemples d'options. L'article 1681 donne une option à l'acquéreur dans le cas où il y a lésion dans une vente d'immeuble : il peut soit rendre la chose en retirant le prix qu'il a payé soit garder le fonds en payant le supplément du juste prix. L'article 1722 donne également une option au preneur dont la chose louée est détruite en partie par cas fortuit : il peut soit demander une diminution de prix soit résilier le bail. Ce sont deux exemples parmi d'autres.

Ces dispositions d'origine légale sont de véritables options. Des options et non pas des choix au sens général du terme, car l'on pourrait dire que toutes les situations juridiques exigent un choix à un moment ou à un autre. L'option suppose que le texte propose deux possibilités précises et que le bénéficiaire doit obligatoirement accepter l'une des deux.

L'option doit donc être dirigée dans un sens bien déterminé. Il a toujours été admis qu'elle n'est pas nécessairement légale, elle peut être également conventionnelle, les possibilités seront imposées par les stipulations de la convention. Il en est ainsi dans l'option née de la promesse unilatérale de vente.

Ce droit d'option a suscité de nombreux commentaires en doctrine.

Son existence, ou tout au moins son autonomie ont été contestées, sa nature a été discutée et ses caractères ne font pas l'unanimité. C'est pourquoi nous étudierons en premier lieu sa notion (section I), pour analyser ensuite la protection dont il bénéficie (section II). Nous pourrions ainsi constater que celle-ci n'est pas suffisamment efficace, mais qu'elle est fonction, en grande partie, de la nature que la jurisprudence veut bien lui reconnaître.

Section I : NOTION DU DROIT D'OPTION.

136. Pour préciser la notion, il est nécessaire de distinguer, d'une part, sa nature, et, d'autre part, ses caractères.

A. Nature du droit d'option.

137. La jurisprudence s'est prononcée d'une manière catégorique sur la nature du droit d'option : c'est un droit de créance. Néanmoins, M.I. Najjar, auteur d'une étude très approfondie de l'option serait partisan de reconnaître au droit d'option la nature d'un droit potestatif.

I. Le droit d'option, droit de créance.

138. Depuis la reconnaissance de la validité des promesses unilatérales de vente par la jurisprudence, celle-ci a constamment soutenu que ces conventions n'étaient pas translatives de propriété¹. Jusqu'au premier quart du ^{xx}e siècle, les décisions sont toutes rédigées dans des termes semblables et d'une manière négative. Citons quelques exemples :

« Attendu que la promesse de vente n'est translatrice de propriété qu'à partir du jour où celui à qui elle a été faite a manifesté, de son côté, l'intention de devenir propriétaire de la chose dont la vente lui a été promise »².

« Attendu que la promesse de vente ne transfère pas la propriété de la chose qui en a fait l'objet... n'a point pour effet de transmettre au bénéficiaire ni la propriété de l'immeuble, ni aucun droit immobilier sur ledit immeuble... tant que celui à qui cette promesse a été faite n'a pas déclaré vouloir en profiter »³. Cette décision écarte également tout droit immobilier.

« Attendu que jusque-là la promesse de vente demeurée unilatérale en ce sens que tout en l'acceptant F... ne prenait pas l'engagement d'acheter, n'était pas translatrice de propriété »⁴.

139. Aux alentours de 1925, la promesse unilatérale devenant une technique très couramment utilisée (les baux assortis de promesse de vente sont très nombreux à ce moment-là), la jurisprudence dut se prononcer d'une manière positive et qualifier le droit né de la promesse unilatérale. C'est ainsi que, logique avec elle-même, ayant écarté à maintes reprises le droit réel, elle qualifie le droit d'option de droit de créance. La Cour suprême prend parti à propos d'une disposition testamentaire par laquelle un mari attribue à un tiers la faculté d'acquérir un bien commun⁵.

1. Y. Loussouarn, Le transfert de propriété par l'effet des contrats, Cours de doctorat, 1969-1970.

2. Req. 14 mars 1860 : D. P. 1860, 1, 163.

3. Req. 20 janv. 1862 : D. P. 1862, 1, 364.

4. Req. 26 mai 1908 : D. P. 1909, 1, 425.

Req. 13 mars 1907 : D. P. 1912, 1, 315.

5. Cass. civ. 24 juin 1927 : D. P. 1928, 1, 51 (V. égal. 14 nov. 1916, S. 1920, 1, 365).

Le principe admis par les magistrats était également adopté par d'éminents auteurs⁶.

Cependant, il est certain que le droit de créance ne peut donner toute satisfaction au bénéficiaire. Si le droit réel confère un pouvoir direct sur la chose, le droit personnel ne donne rien d'équivalent au créancier et il ne peut faire valoir son droit qu'indirectement, en agissant sur la personne du débiteur. Il en résulte que le bénéficiaire d'une option n'atteint pas le résultat escompté car son droit de créance ne jouit pas de la même opposabilité qu'un droit réel. Il ne pourra pas l'opposer au tiers de bonne foi qui a acquis le bien promis pendant le délai d'option, par exemple. Or, bien que ne désirant pas avoir un pouvoir direct sur la chose, c'est-à-dire un droit réel, il veut cependant avoir un certain droit d'exclusivité sur le bien promis.

140. C'est dans cette optique que certains auteurs ont cru pouvoir soutenir que le droit né de la promesse était, en réalité, un droit de créance immobilier. Cette controverse est née à propos de promesses unilatérales acceptées en tant que telles avant le mariage et dont l'option n'est levée qu'après le mariage. Quelle devait être alors la condition de l'immeuble acquis⁷ ?

Si la créance était mobilière, elle pouvait être commune ou propre selon le régime choisi (communauté légale ou réduite aux acquêts), mais dans les deux cas, l'immeuble acquis pendant le mariage devait être considéré comme un bien commun ou un acquêt de communauté. En effet, bien que la créance mobilière soit un meuble propre à l'époux, la vente effectuée en vertu de ce droit de créance a été réalisée pendant le mariage et le meuble acquis l'ayant été pendant le mariage, le bien ne pouvait être considéré que comme un acquêt de communauté.

Si la créance était immobilière⁸, le bénéficiaire aurait eu, avant son mariage, un véritable droit réel sur l'immeuble ; l'immeuble acquis, même pendant le mariage en vertu de ce droit de créance immobilier aurait été considéré comme un bien propre. Dans l'intérêt du bénéficiaire, M. Marcel Nast a soutenu avec force cette dernière thèse⁹. Néanmoins, la Cour suprême a mis définitivement un terme à cette controverse par deux décisions rendues, l'une, dans une communauté légale¹⁰, l'autre, dans une communauté réduite aux acquêts¹¹ : « qu'ainsi (la créance étant mobilière) l'immeuble

6. Jossérand, *Cour de Droit civil positif français*, 2^e éd., t. II, n. 1072.

Planiol et Ripert, t. 10, *La vente*, n. 178, p. 190.

7. Dans le nouveau régime de la communauté légale, toutes les créances dont les époux étaient titulaires au jour de la célébration du mariage restent propres. (Loi du 13 juillet 1965.)

8. « La classification des choses a été étendue aux droits d'une façon d'ailleurs assez discutable. Les droits réels ayant pour objet un immeuble sont pratiquement les seuls droits immobiliers, à quelques exceptions près, tous les autres sont mobiliers » (J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, t. I, p. 173).

9. Note sous Aix, 27 avril 1931 : D. P. 1932, 2, 134.

10. Req. 26 nov. 1935 : D. P. 1936, 1, 37.

11. Cass civ. 7 mars 1938 : D. H. 1938, 260.

acquis pendant le mariage en vertu d'un droit d'option, avec des deniers communs, alors qu'il ne rentre pas dans l'un des cas d'exception prévus par la loi, ne saurait échapper à la règle de l'article 1498 du Code civil et ne pas être réputé acquêt de communauté ».

Ces arrêts adoptaient définitivement la thèse de la créance mobilière. Cette solution ne réalisait pas la finalité poursuivie par tout bénéficiaire d'une promesse de vente à cause de sa précarité. L'exercice du droit d'option est souvent paralysé par la mauvaise foi d'un promettant ayant gardé la totalité de ses droits et de ses pouvoirs sur le bien promis. C'est ce qui a amené M.I. Najjar à voir dans le droit né de la promesse unilatérale de vente, un droit potestatif.

II. Thèse de M.I. Najjar ¹².

141. M.I. Najjar souligne d'abord que le droit d'option est différent d'une simple « faculté » qui se définit comme « un droit qui n'est pas susceptible de s'éteindre par prescription parce que consistant dans l'exercice d'un droit de propriété ou dans la mise en œuvre d'une liberté naturelle de l'homme, le titre sur lequel il est fondé se renouvelant sans cesse »¹³. Un droit d'option, au contraire, a une existence limitée (se prescrit par trente ans au maximum), c'est un véritable droit subjectif, une prérogative juridique qui est destinée à modifier une situation antérieure.

Il définit le droit d'option comme « une prérogative juridique reconnue par la loi ou la convention à une personne de prendre tel ou tel des partis qui lui sont proposés »¹⁴ et le classe dans la catégorie des droits potestatifs. Il note également « qu'il a été plus ou moins négligé et confondu avec les autres prérogatives qu'acquiert le bénéficiaire de la promesse par le fait de la conclusion du contrat définitif ». Il appelle droits potestatifs « les pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale »¹⁵.

142. Le droit d'option né d'une situation juridique d'incertitude contractuelle confère à son bénéficiaire un pouvoir d'agir seul sur cette situation pour la transformer ou l'éteindre¹⁶. Le lien créé

12. Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral. Thèse Paris, 1967.

13. Op. cit., p. 47. Définition prise dans le Vocabulaire Capitant. M. Roubier (Droits subjectifs et situations juridiques, 1963) classe, au contraire, les droits d'option dans les facultés et considère donc que celles-ci sont prescriptibles. Il définit la faculté comme une sorte de possibilité légale d'option en vue de la création d'une situation juridique.

14. I. Najjar, op. cit. p. 18.

15. I. Najjar, op. cit. n. 99, p. 102.

16. Selon M. Roubier, « une situation juridique désigne un certain nombre de prérogatives subjectives qui sont conférées au sujet de droit » (in Najjar, op. cit. p. 203).

par le contrat entre promettant et bénéficiaire est plus fort que le lien obligatoire, c'est un véritable lien de sujétion qui met le promettant à la merci du bénéficiaire¹⁷. Le promettant voit diminuer son pouvoir sur le bien promis. Ce droit d'option implique une véritable restriction au droit de disposer du propriétaire. L'obligation du promettant est exécutée par le fait même que celui-ci a consenti ce « pouvoir », le contrat n'est, dès lors, plus susceptible d'inexécution. L'exercice du droit d'option dépend exclusivement de la volonté du bénéficiaire, par un acte unilatéral de volonté.

Les avantages de cette thèse sont évidents : le droit d'option offre une sécurité absolue pour le bénéficiaire qui jouit d'une protection efficace. Quand celui-ci manifeste son intention d'acquérir, le tribunal ne peut que constater que la vente est conclue. Le futur acquéreur a donc une position très solide. Le droit d'option ne peut être créé que par accord de volontés, donc par contrat, ce qui élimine les options nées d'une offre simple avec délai¹⁸.

143. *La catégorie des droits potestatifs* est considérée en France comme une catégorie marginale. Comme exemples, on peut citer les droits d'acquisition, tels que le droit de préemption ou de rachat, les droits d'annulation, de résiliation ou de rescision. On les appelle quelquefois des droits secondaires parce qu'ils servent à protéger des droits « primaires » tels que le droit de propriété, les droits de créance¹⁹... Ils s'exercent au moyen d'un acte unilatéral de volonté, et déclenchent une nouvelle situation juridique. S'ils sont relatifs à un contrat, ils sont alors cédés avec lui. Par exemple, le droit qu'a le cédant de demander la résiliation d'un contrat serait de plein droit transféré au cessionnaire. Mais la jurisprudence française, comme le fait remarquer M. Ph. Malaurie, n'a pas accueilli cette notion et décide que l'acquéreur d'une chose louée ne peut pas demander la résolution du bail pour manquements du locataire antérieurs à la vente²⁰. Cette catégorie présente cependant des avantages pour les pays qui l'admettent largement ; elle permet notamment une véritable cession de contrat, c'est-à-dire le transfert unitaire et intégral du rapport contractuel.

M. Najjar explique que le droit d'option qui a pour conséquence, en droit libanais, une diminution des pouvoirs du promettant sur le bien, fait l'objet d'une publicité extrêmement efficace. L'article 10 du Code foncier libanais énumère les droits réels et parmi ceux-ci une mention spéciale est faite à « l'option résultant d'une promesse de vente ». La promesse de vente n'est valable, même entre les cocontractants, que lorsqu'elle est portée sur le feuillet réel de l'immeuble qui fait l'objet d'une promesse de vente. L'effet erga omnes de la promesse est absolu. Cet auteur reconnaît que ce droit potestatif est garanti par le système de publicité

17. I. Najjar, note sous cass. com. 8 fév. 1982 : D. 1983 J. p. 57 et plus spécial. p. 61 B.

18. I. Najjar, op. cit. p. 167 et 169.

19. G. Michaelides-Novaros, Rev. trim. dr. civ. 1966, p. 224.

20. Ph. Malaurie, Defrénois 1976, p. 1009 et s.

foncière des droits réels, mais que son contenu et sa substance n'en sont pas pour autant modifiés. L'objet du droit d'option n'est pas la chose elle-même mais la possibilité de conclure le contrat définitif relatif à cette chose²¹.

Peut-on envisager, en France, l'assimilation du droit d'option à un droit potestatif ?

144. Nous adoptons tout à fait le point de vue de M. Najjar sur l'objet du droit d'option. C'est bien un pouvoir sur une situation juridique spécifique créée par le contrat d'option. Celui-ci crée une situation juridique totalement indépendante de celle qui existera dès la formation du contrat de vente. Durant le délai accordé, l'éventuel acquéreur a le choix, il peut se permettre d'attendre le dernier moment pour faire connaître sa décision ; cette situation prend fin à la date stipulée au contrat ou à la levée d'option, si celle-ci est intervenue antérieurement à cette date. Pendant cette période, le promettant reste propriétaire, il ne peut exiger plus que l'indemnité d'immobilisation. Le bénéficiaire a la maîtrise totale de la situation créée.

Cette notion de « pouvoir » implique que le droit d'option soit plus qu'un droit de créance, sans pour cela être un véritable droit réel.

Or, le droit d'option tel que le conçoit l'auteur de la thèse s'apparente beaucoup plus au droit réel qu'au droit de créance. Le droit d'option libanais comporte droit de suite et droit de préférence, bien qu'il soit limité à 15 ans. En outre, la levée d'option est un acte unilatéral de volonté, ce qui nous ramène au système germanique et au droit réel éventuel né du contrat d'option (bien que l'auteur s'en défende). En droit français actuel, c'est l'accord de volontés qui crée l'obligation. Le contrat d'option ne donne naissance qu'à un droit d'option, droit personnel, et c'est la levée de l'option qui liée à l'offre de vente forme le contrat de vente et donne naissance au droit réel²².

21. I. Najjar, thèse précitée p. 28 et s.

22. Si l'on désirait faire du droit d'option un droit réel serait-il possible de le faire ? On a, en effet, coutume de dire que le Code civil a entendu limiter le nombre des droits réels, et l'on invoque, à ce propos, l'article 543 aux termes duquel « on ne peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ».

M. Ch. Atias rappelle justement que la jurisprudence s'est prononcée pour la liberté en ce domaine et ce, en 1834, par l'arrêt Caquelard (Req. 13 fév. 1834 : S. 1834, I, 205). Cette décision admet que « les articles 544, 546 et 552 du Code civil sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs ; ni ces articles, ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible.

Néanmoins, cet arrêt est resté isolé. Il y avait plusieurs raisons à cela : d'abord, ce principe bousculait les acquis de la révolution qui se retrouvent dans l'art. 543, même s'il s'agissait seulement d'admettre des « modifica-

145. Toutefois, en France, rien ne paraît s'opposer à ce que le droit d'option soit un droit garanti par des mesures efficaces puisque la publicité foncière n'est pas réservée aux seuls actes constitutifs de droit réel. En outre, une évolution serait souhaitable qui reconnaîtrait que le droit d'option a une nature intermédiaire entre le droit réel et le droit personnel. Un spécialiste²³, M. Ch. Atias déclare « qu'il est indispensable de maintenir de multiples degrés du droit réel le plus pur (la propriété foncière) au droit personnel le moins contestable (la créance de somme d'argent) » et que l'évolution convergente des droits réels et des droits personnels que l'on présente comme inévitable est fautive et néfaste. « Il ne faut pas méconnaître les intermédiaires... il faut se réjouir que la volonté des parties puisse librement puiser dans cette série ininterrompue de techniques variées, éventuellement en les combinant ou en les recomposant. » M. Atias n'est donc pas opposé à ce qu'il y ait des catégories de droits intermédiaires entre les droits réels et les droits personnels dans la mesure où ils sont susceptibles de rendre les services que l'on attend d'eux. Le droit d'option peut illustrer cette catégorie ; il doit bénéficier, dès lors d'un régime adapté comme il en est ainsi des restrictions au droit de disposer.

146. La distinction des droits réels et des droits personnels est périodiquement remise en question par la doctrine qui a déjà proposé diverses classifications. Récemment, M. Hage-Chahine a proposé une nouvelle classification qui a attiré tout particulièrement notre attention, car elle inclut et étend la catégorie des droits potestatifs²⁴. Le critère de la distinction des droits privés est tiré non plus de l'objet sur lequel ils portent mais de la nature du droit identifié par le seul rapport de droit qui existe entre le titulaire et autrui. On distinguerait donc « les droits à réalisation immédiate » et « les droits à réalisation médiate ». Les premiers sont des droits « à contenu fort » dont le titulaire peut jouir sans passer par l'intermédiaire d'une personne déterminée. Le droit de propriété est un droit à réalisation immédiate. Ce ne peut être qu'un droit actuel tout au plus affecté d'un terme extinctif ou d'une condition résolutoire. Au contraire, les droits à réalisation médiate peuvent être actuels, futurs ou conditionnels, ce sont des droits

tions et décompositions de la propriété » ; ensuite, les travaux préparatoires du Code étaient péremptoirs : Treilhard avait affirmé, en ce qui concerne l'art. 543, « voilà, en effet, les seules modifications dont les propriétés sont susceptibles dans notre organisation politique et sociale ; il ne peut exister sur les biens aucune autre espèce de droits... ». Enfin, pour tous les juristes de l'époque, l'organisation de la propriété immobilière était d'ordre public.

L'arrêt Caquelard a posé un principe capital qui fait du droit réel « un instrument technique extrêmement souple ». (Ch. Atias, *Les biens*, p. 60 et s.)

23. Ch. Atias, *op. cit.*, loc. cit.

24. M. Favez Hage-Chahine, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, *Rev. trim. dr. civ.* 1982, p. 705 s. et plus spéc. p. 709, n. 6 s., p. 736 n. 50 s.

« à contenu faible ». Ils correspondent au lien particulier obligeant une personne déterminée à donner, à faire, à ne pas faire ou à laisser faire. Nous trouvons dans ces droits, les droits potestatifs ; les droits de créance et les droits injonctifs ; les droits potestatifs sont caractérisés par le lien particulier de *sujétion* qui unit le titulaire du droit à une personne déterminée. Comme le dit très justement l'auteur de la chronique, « le droit potestatif se situe à mi-chemin entre le droit à réalisation immédiate et le droit de créance ; il est plus faible que le premier en ce sens que, pour le réaliser, il faut passer par la personne sur la sphère de laquelle on est autorisé d'empiéter, et plus fort que le second en ce sens qu'il procure la jouissance à son titulaire sans l'attendre du sujet passif, la moindre prestation ou le moindre service. Au sujet passif, il est seulement demandé de subir, de tolérer, de souffrir et de laisser faire ; sa sujétion consiste, concrètement, à ne pas entraver l'exercice du droit du titulaire et à ne pas gêner l'empiètement de ce dernier sur sa sphère juridique ».

Parmi les droit potestatifs, M. Hage-Chahine place l'usufruit, les servitudes engendrant une obligation de « laisser faire » (s'exerçant au moyen d'un acte matériel) et le droit d'option, le droit de préemption, le droit de préférence... (s'exerçant au moyen d'un acte juridique unilatéral).

Cette classification se veut être une « *summa divisio* ».

147. Quelle que soit la nature reconnue au droit d'option, il est unanimement admis que c'est un droit spécifique. Il doit lier suffisamment le promettant au bénéficiaire pour qu'il ne puisse violer sa promesse tout en laissant au bénéficiaire l'entière liberté de son choix. Nous avons pu constater que la nature que lui reconnaît la jurisprudence ne peut donner entière satisfaction et qu'une évolution très compatible avec nos institutions s'impose. Ce droit d'option présente deux caractères principaux qui peuvent également être à l'origine d'une évolution jurisprudentielle, il est autonome et il est actuel.

B. Caractère du droit d'option.

Nous étudierons successivement les deux caractères suivants : droit d'option, droit autonome et droit d'option, droit actuel.

I. Le droit d'option, droit autonome.

148. Le droit né de la promesse consiste dans la possibilité de transformer la situation juridique provisoire en une situation juridique définitive pendant un délai stipulé au contrat (mais nous avons vu que la stipulation du délai n'est pas essentielle). Il est totalement distinct du droit qui naîtra au moment du contrat de vente et qui portera directement sur la « chose ». Comme l'a écrit M. J.-M. Verdier, « il est distinct du droit qui naîtra du contrat

définitif parce qu'il s'analyse en un droit à la conclusion du contrat définitif. « Le caractère à la fois réel et immobilier du contrat définitif n'a aucun écho dans la situation juridique actuelle personnelle et mobilière » (du contrat d'option)²⁵.

Un courant de pensée avait cependant nié l'autonomie du droit d'option et l'avait confondu avec le droit né du contrat de vente. Les partisans de cette thèse considéraient que la promesse unilatérale n'était que le premier acte d'une convention qui en comportait deux successifs. Cela supposait que les différentes opérations aboutissant au contrat de vente étaient envisagées globalement. Saleilles et Demogue ont attaché leurs noms à ce courant de pensée²⁶. Ils niaient par-là même l'existence d'un contrat de promesse unilatérale et considéraient le droit d'option comme un droit réel éventuel.

149. Personne ne conteste plus aujourd'hui l'autonomie du droit d'option. Il fait l'objet de cessions et il est transmissible. C'est un véritable bien patrimonial, qui s'achète et dont le prix est le résultat d'un accord entre cocontractants.

II. *Le droit d'option, droit actuel.*

150. Les partisans de la théorie de l'avant-contrat, simple prologue au contrat de vente, tels Saleilles et Demogue, ont dû qualifier le droit né de la promesse unilatérale de droit réel éventuel ou conditionnel.

Saleilles a vu dans le droit d'option un droit conditionnel²⁷. La condition consistait dans le consentement du bénéficiaire. Le contrat devenait parfait lorsque celui-ci levait l'option, mais la condition étant normalement rétroactive, le contrat de vente était censé s'être formé à la date de sa conclusion, c'est-à-dire à un moment où tous les éléments essentiels n'étaient pas réunis. Ce n'était pas possible. De plus, la doctrine classique définissait la condition comme une simple modalité d'exécution du contrat qui n'empêchait pas le contrat d'être parfait si l'on en faisait abstraction. elle ne pouvait pas consister dans un de ses éléments essentiels. En conséquence, le consentement d'une des parties au contrat ne pouvait pas être considéré comme une condition.

151. Demogue, pourtant partisan de cette analyse a donc apporté quelques modifications à la théorie : le droit réel n'était plus un droit conditionnel, mais un droit éventuel²⁸. Il n'y avait plus de rétroactivité, le droit réel ne naissait qu'au moment où le bénéficiaire donnait son consentement à la vente. « La rétroac-

25. J.-M. Verdier, Les droits éventuels, thèse 1955, n. 138 et s., n. 184.

26. Comptes-rendus par Meynial, Rev. trim. dr. civ. 1902, p. 545 et Demogue, Rev trim. dr. civ. 1905 et 1906.

27. Comptes-rendus par Meynial, op. cit. p. 545 et s.

28. Demogue, Rev. trim. civ. 1906, p. 242.

tivité, écrit Demogue, n'est qu'une conséquence de la perfection du contrat, il n'en saurait être question quand il s'agit d'un droit résultant d'un acte encore imparfait, d'un acte manquant encore des conditions essentielles²⁹,

Selon Demogue, la classification des droits qui émanait du Code civil était incomplète et il fallait y ajouter le droit éventuel : « un droit, si on l'examine par rapport au temps où il va produire ses effets peut être non seulement un droit pur et simple... il peut être encore un droit éventuel ». Cet auteur avait ainsi remarqué que l'éventualité tendant à l'absence d'un consentement est une source importante de droits éventuels et il avait vu dans la promesse unilatérale une source de droit réel éventuel³⁰.

Le droit éventuel a fait depuis lors l'objet d'études détaillées³¹. Sa réalisation dépend d'un élément essentiel à son existence. Cet élément permet au droit de naître et il n'y a pas de rétroactivité possible. Tant qu'il est éventuel, il ne fait pas non plus partie du patrimoine, il ne peut donc ni être cédé, ni être garanti³².

152. Pour assurer la validité du contrat que l'on peut voir affecté d'une condition potestative (le bénéficiaire ne donne son consentement que s'il le veut bien), Demogue estime que le bénéficiaire « a déjà adhéré à la proposition faite en ceci qu'il a pris acte ». Il écrit : « Dans la promesse de vente, le consentement ne fait pas complètement défaut au point de vue juridique, la partie qui se trouve, un jour donné, avoir obtenu une promesse de vendre a déjà, peut-on dire, donné son adhésion au contrat, seulement le contrat est soumis à la condition d'une seconde adhésion qui pourra se produire dans la suite »³³. C'était reconnaître implicitement la nécessité d'un contrat autonome de promesse unilatérale donnant naissance à un droit d'option distinct du droit né de la vente, mais Demogue ne l'admettait pas.

153. La jurisprudence n'a jamais vu dans le droit né de la promesse un droit réel éventuel ou conditionnel, puisqu'elle n'a jamais admis qu'il puisse être un droit immobilier et a toujours affirmé qu'il était un droit de créance. Elle reconnaît par-là qu'il s'agit bien d'un droit actuel pur et simple, mais n'en tire pas toutes les conséquences qui s'imposent ; nous n'en voulons pour exemple que sa jurisprudence relative aux pactes sur succession future. La doctrine est également unanime depuis les arrêts de 1935 et 1938 pour voir dans le droit d'option un droit actuel pur et simple³⁴. M^e P. Sabatier, résumant la question au 62^e congrès

29. Demogue, *op. cit.*, loc. cit.

30. Demogue, *Rev. trim. dr. civ.* 1905, p. 723.

31. J.-M. Verdier, *Les droits éventuels*, thèse Paris 1955.

32. Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. 2, n. 754.

33. Demogue, *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, *Rev. trim. dr. civ.* 1905, p. 754.

34. J.-M. Verdier, thèse précitée, p. 106 et 107.

P. Sabatier, *Congrès de 1964*, p. 138.

I. Najjar, thèse précitée, n. 316.

Weill et Terre, *Précis Dalloz*, 2^e éd., n. 108.

des Notaires de France déclare que « la promesse fait naître au profit du bénéficiaire de la promesse un droit actuel pur et simple : le droit au maintien de l'offre. Et ce droit actuel a pour objet l'acquisition des droits futurs à naître du contrat définitif. L'exercice de ce droit actuel provoquera la conclusion du contrat définitif et on peut dire que le droit essentiel résultant de la promesse du contrat est l'objet même du contrat à conclure ».

154. A cette analyse qui a le mérite d'affirmer l'indépendance du contrat d'option par rapport au contrat de vente, nous préférons celle de M. Najjar : « l'objet du contrat d'option, c'est la possibilité de former le contrat de vente »³⁵. Cette définition confond peut-être l'objet et le contenu du droit, mais les auteurs reconnaissent eux-mêmes qu'il est bien souvent difficile de les distinguer. Par exemple, écrit M. Michaélidès-Nouaros, « il a été soutenu que le droit de créance a comme contenu la prestation due par le débiteur ; cette même prestation est considérée par d'autres comme formant l'objet du droit de créance »³⁶.

Cette possibilité, ce pouvoir appartient au bénéficiaire dès la formation du contrat qui lui donne naissance. C'est un véritable bien dont il peut disposer. C'est pourquoi nous pensons que la solution adoptée d'une manière constante par la jurisprudence en ce qui concerne les pactes sur succession future³⁷ n'est pas en accord avec cette observation. En effet, tout contrat peut être affecté d'un terme ou d'une condition : dans le cas où la promesse unilatérale est affectée d'un terme, le droit d'option ne pourra être exercé qu'à l'arrivée du terme ; dans le cas où la promesse unilatérale est affectée d'une condition suspensive, le droit ne naîtra que lorsque la condition se réalisera. Lorsque la jurisprudence annule les contrats d'option dans lesquels l'option ne peut être levée qu'à dater du décès du promettant, elle nie purement et simplement le caractère actuel du droit d'option. Elle refuse d'admettre qu'il y a droit acquis avec le contrat et que le bénéficiaire doit pouvoir en jouir au moment convenu dans le contrat quel que soit ce moment *sauf à prouver que les parties ont essayé de frauder la loi*. Nous pensons que c'est dans l'unique but d'éviter l'utilisation des promesses unilatérales à des fins frauduleuses que la jurisprudence maintient la jurisprudence constante. C'est pourquoi nous étudierons ce problème en détail dans le chapitre réservé à la fraude. En dehors de ce cas, la jurisprudence voit bien dans le droit d'option un droit actuel.

155. Le droit commercial nous fournit un exemple caractéristique. Dans une décision du 2 juillet 1974³⁸, la Cour suprême a admis que le bénéficiaire avait acquis un droit actuel le jour même

35. I. Najjar, thèse précitée, p. 22.

36. Rev. trim. dr. civ. 1966, p. 224.

37. V. infra n. 198 s.

38. Cass. com. 2 juillet 1974, D. 1975, 762, note J.-C. Bousquet.

de la promesse. Voici les faits : une société anonyme avait promis la vente d'un certain nombre d'actions à une personne qui lui avait fait un prêt important. Au moment de la promesse, cette personne n'avait aucun lien, autre que ce prêt, avec la société. Or, elle devint administrateur de la société entre la date de la promesse et celle de la levée d'option. Comme administrateur, la cession d'actions devait être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration, conformément à l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 qui exige cette formalité pour les conventions conclues entre une société anonyme et l'un de ses dirigeants.

Le problème se posait donc ainsi : ou l'on considérait que la société s'était définitivement liée le jour de la promesse et l'autorisation n'était pas nécessaire, ou l'on considérait qu'il fallait se référer seulement à la date de la levée de l'option et l'article 40 devait recevoir application. La chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé que la société avait consenti dès le jour de la promesse le droit de conclure le contrat de vente à tout moment jusqu'à l'expiration du délai stipulé. Seule la preuve d'une fraude pourrait renverser la situation. La solution adoptée démontre que le droit d'option est bien un droit actuel qui est consenti par le promettant au moment de la promesse ; peu importe le moment où il est exercé par le bénéficiaire dès l'instant qu'il n'y a pas de fraude.

« Mais attendu, dit la Cour suprême, que l'arrêt relève que le 4 avril 1960, jour de la signature de la promesse de cession, G... n'était pas encore administrateur de la Société des Bas C..., que ladite convention avait été ainsi conclue tant par la Société que par G... avant l'entrée en fonctions de celui-ci ; que de ces constatations... et alors qu'aucune fraude n'était alléguée, la Cour d'appel a pu déduire que les dispositions de l'art. 40 de la loi du 24 juillet 1867 étaient sans application en l'espèce. »

156. Cet arrêt a été approuvé pleinement par son commentateur : la loi de 1867 avait pour unique but d'éviter l'influence néfaste qu'aurait pu avoir le dirigeant de société sur les intérêts de la société. Dans le cas présent, leurs intérêts étaient contraires, cependant pour juger de l'indépendance de la société, il fallait se reporter à la date à laquelle elle avait pris ses engagements envers le bénéficiaire de la promesse unilatérale. Or, à l'époque où ils avaient été pris, la société jouissait d'une totale indépendance envers celui-ci.

157. Récemment, la Chambre criminelle a jugé que la perte de l'exercice d'une option est un préjudice actuel qui doit être réparé car le droit est déjà né même s'il ne s'exerce que plus tard ³⁹.

Tout droit subjectif doit pouvoir être protégé par celui qui en jouit. Le droit d'option fait-il exception ?

39. Cass. crim. 16 janv. 1980, D. S. 1980, inf. rap. 409. V. supra n. 52, note 19.

Section II : PROTECTION DU DROIT D'OPTION.

158. Le droit d'option donne le pouvoir au bénéficiaire de faire cesser la situation qu'il a créée en accord avec le promettant et de former le contrat définitif. Néanmoins, le promettant gardant tous ses droits sur son bien, peut encore valablement en disposer quoi qu'il ait signé une promesse unilatérale. Quelle sera alors la situation du bénéficiaire ? Il ne pourra plus exercer son droit d'option. N'y a-t-il pas là une situation très anormale que celui qui a cédé un droit puisse délibérément le retirer, alors même que ce droit est l'objet du contrat ?

Observons tout d'abord que, pour que la vente à un tiers puisse être opposée au bénéficiaire du contrat d'option, cette vente doit être publiée au Bureau des Hypothèques (pour être opposables aux tiers, la plupart des actes portant sur des immeubles doivent faire l'objet d'une publication). En effet, si la vente n'a pas été encore soumise à cette formalité, le bénéficiaire peut lever l'option et prendre de vitesse le tiers acquéreur pour faire publier la vente devenue parfaite.

La publicité foncière assure la sécurité des acquéreurs de biens immobiliers. Elle est destinée à prévenir tout conflit et à assurer la stabilité en matière de mutations immobilières.

Ainsi, lorsqu'un litige naît entre un titulaire de droit réel et un simple titulaire d'un droit de créance, il semble que cela soit la lutte du pot de terre contre le pot de fer. Le titulaire du droit de créance doit s'incliner.

159. Néanmoins, il paraît souhaitable d'analyser la situation du titulaire du droit d'option afin d'envisager les moyens de protection dont il peut ou pourrait bénéficier. En premier lieu, il est nécessaire de prendre conscience que ce droit doit faire l'objet d'une protection efficace.

M. Dagot estime que cette protection doit être assurée dans tous les cas où ce droit a été acquis en contrepartie d'une indemnité d'immobilisation, mais est plus réservé dans les cas où le bénéficiaire est en position de force⁴⁰. Cet auteur vise certainement certains négociateurs immobiliers qui s'assurent à bon compte et grâce à de fallacieuses promesses des options gratuites. Nous estimons que l'exception ne doit pas empêcher la règle de s'établir. Le contrat d'option étant un contrat de nature synallagmatique, si le consentement d'un contractant a été vicié, il doit pouvoir obtenir l'annulation du contrat comme de tout contrat de vente. Dans tous les autres cas, et ce sont heureusement les plus nombreux, le droit d'option doit bénéficier d'une protection aussi efficace que possible. Celle-ci soulève des problèmes juridiques, certes, mais ils peuvent être réglés d'une façon satisfaisante.

40. Cass. civ. III, 20 février 1979 : J. C. P. 1980, éd. N, p. 34, note M. Dagot.

160. Nous n'étudierons pas ici particulièrement la situation du bénéficiaire à l'égard du promettant. Si celui-ci viole sa promesse, le bénéficiaire peut efficacement se défendre dès lors que le bien promis est encore dans le patrimoine du promettant et qu'il n'en a pas disposé. En effet, si le promettant n'a pas encore disposé du bien promis et se refuse seulement à passer l'acte notarié, son cocontractant peut, ou bien obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi, et ce, en raison de la faute contractuelle commise, ou bien obtenir par jugement la constatation de la vente puisque l'option a rendu la vente parfaite.

Si le promettant a disposé du bien promis, on peut se trouver devant deux situations :

a) la vente n'a pas été transcrite et le bénéficiaire réussit à demander la réalisation de la vente. Il fait alors publier sa demande au Bureau des hypothèques, et, nous verrons que cette situation lui permet de protéger efficacement son droit ;

b) la vente a été transcrite et le bénéficiaire se trouve devant un propriétaire apparemment légitime.

Lorsque le promettant a disposé de son bien, le problème essentiel se pose au niveau du tiers acquéreur. C'est lui le nouveau propriétaire du bien qui avait été promis par contrat.

La publication du droit réel⁴¹ est la formalité qui, en présence de droits concurrents, donne la priorité et la réalité de la propriété. Le droit d'option peut-il lui aussi faire l'objet d'une telle formalité ? Pour proposer des éléments de réponse à ce problème, il y a lieu de connaître quelle est la situation du bénéficiaire à l'égard des tiers acquéreurs et quels sont les moyens dont il peut disposer pour faire reconnaître la primauté de son droit (I). Nous verrons alors si, afin d'éviter des situations aussi complexes qu'inévitables, une protection efficace peut être envisagée (II).

A. Situation du bénéficiaire à l'égard des tiers.

161. Le contrat d'option ne transférant pas de droit réel, le tiers acquéreur peut acquérir valablement, pendant le délai d'option, un bien ayant fait l'objet d'une promesse et faire publier la vente. La publication de la vente au Bureau des Hypothèques rendra la vente opposable à tous. Le titulaire d'un droit d'option semblera dès lors totalement démun⁴². Nous devons toutefois distinguer deux situations :

41. De l'acte translatif de droit réel.

42. Certes, le problème n'est pas propre à la promesse de vente, il n'est qu'une illustration de la théorie de l'apparence, mais il prend une acuité particulière, dans ce domaine, parce que le titulaire du droit d'option apparaît comme une victime inéluctable (même s'il n'a fait preuve d'aucune négligence et alors que le promettant a déjà donné son consentement par contrat). V. L'apparence, J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit. Introduction générale, n. 770 et s.

I. Le tiers acquéreur est de bonne foi.

162. Le tiers acquéreur de bonne foi qui a publié la vente est à l'abri de toute revendication. Le titulaire du droit d'option n'a d'autres ressources que de se faire indemniser du préjudice qu'il a subi. Le promettant a violé son contrat, il a commis une faute qui a porté préjudice à son cocontractant — et le préjudice peut être considérable, nous le savons —, il peut donc être condamné à de sévères dommages-intérêts (indépendamment de la restitution de l'indemnité d'immobilisation, bien entendu). Il faut préciser que nous raisonnons dans le cas où aucune faculté de dédit n'a été stipulée pour le promettant, sinon il n'y aurait plus de violation de contrat⁴³.

Ces compensations ne sont, bien souvent, pas totalement satisfaisantes pour le bénéficiaire. Pensons seulement à certains biens immobiliers situés dans des villes importantes ou dans les environs immédiats... qui valent plusieurs millions et qui sont uniques.

II. Le tiers acquéreur est de mauvaise foi.

163. En revanche, il est possible que l'acquéreur du bien promis soit de mauvaise foi, parce qu'il a acheté le bien de connivence avec le promettant, ou bien parce que, simplement, il avait connaissance de la promesse unilatérale de vente. Pourra-t-il disposer d'une action contre cet acquéreur ?

Sur ce point, nous pouvons dire qu'une évolution s'est faite dans un sens favorable au titulaire du droit d'option.

La loi du 23 mars 1855 qui organisa la publicité foncière pour les actes constitutifs de droits réels immobiliers, en vue de donner une solution à tous les conflits concernant ces droits, était destinée à conférer à celui qui s'y conformait une sécurité absolue. L'acquéreur d'un bien immobilier qui avait transcrit sa vente devait donc jouir d'une paix absolue. Il fut, de ce fait, très difficile de faire admettre qu'il puisse être fait échec à cette situation acquise. L'article 1165 du Code civil disposant que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, le bénéficiaire, tiers dans le contrat « promettant-nouvel acquéreur » n'avait dès lors aucun moyen d'action pour attaquer le contrat.

C'était tout de même faire la part trop belle aux acquéreurs de mauvaise foi.

164. Dès 1858, la Cour suprême écarte les règles de la publicité foncière lorsque l'acquéreur a commis une fraude. On a invoqué deux fondements à l'action qui lui était possible d'intenter :

1) l'action paulienne. Le préjudice consistait dans le fait que

43. Cass. civ. III, 16 déc. 1970, Bull. civ. III, n. 716, p. 520.

le promettant s'était mis dans l'impossibilité de transférer la propriété du bien. Ce fondement n'était pas aisément admissible, car pour ce faire, il fallait étendre le champ d'application de l'action paulienne ;

2) l'adage « *fraus omnia corrumpit* »⁴⁴. Dans le cas où la fraude était prouvée, la vente frauduleuse était annulée et le bénéficiaire était rétabli dans son droit. Cependant, la preuve de la fraude était très difficile à rapporter. Il fallait établir le concert frauduleux entre le vendeur et l'acquéreur, qu'impliquait la preuve de l'intention de nuire de l'acquéreur. En effet, la jurisprudence exigeait que fut établie la collusion entre les deux parties, surtout depuis l'arrêt du 7 décembre 1925⁴⁵, c'est-à-dire « le concert frauduleux caractérisé par des manœuvres dolosives ayant pour but de dépouiller le premier acquéreur ». La simple connaissance d'un contrat antérieur liant le vendeur au sujet du même bien ne pouvait être prise en considération⁴⁶.

165. Cette jurisprudence a prévalu jusque dans les années 1960 ; à cette époque, il y eut un net revirement et l'on admit que la simple connaissance d'un contrat antérieur était constitutive de mauvaise foi. Ce fut fait d'abord pour la promesse de vente, puis la jurisprudence l'étendit au pacte de préférence.

La Cour suprême censura, le 7 janvier 1960, un arrêt : les juges du fond avaient refusé d'annuler une vente parce que le concert frauduleux n'était pas établi ; la cassation permet de considérer que la mauvaise foi peut être désormais caractérisée par la simple connaissance du contrat antérieur. En matière de droit de préférence, elle décide encore, le 15 décembre 1965 que « la seule connaissance d'un droit de préférence ne saurait caractériser la mauvaise foi du tiers acquéreur et constituer une fraude »⁴⁷, puis suit l'évolution adoptée pour la promesse, et censura le 22 mars 1968 un arrêt rendu dans ce domaine⁴⁸. Dès lors, la Cour de cassation admet définitivement que le titulaire d'un droit d'option doit être protégé de la même manière qu'un acquéreur n'ayant pas transcrit sa vente. Il a seulement à rapporter la preuve de la connaissance qu'avait le tiers du contrat antérieur.

166. Le recours à l'adage « *fraus omnia corrumpit* » est désormais inutile⁴⁹. Les magistrats admettent que la responsabilité de

44. Planiol et Ripert, op. cit., t. X par Hamel, n. 179 — L'adage « *fraus omnia corrumpit* » et son application dans le domaine de la publicité foncière, Rep. Defrénois 1962, p. 48, art. 28.265, par Jean Mazeaud.

45. Cass. civ. 7 déc. 1925 : D. P. 1926, 1, 185, note Savatier.

46. René Morel, Etudes Capitant 1939, p. 541.

46 bis. Cass. civ. I, Bull. civ. I, n° 15.

47. Cass. civ. 15 déc. 1965 : D. 1966, 246.

48. Cass. civ. III, 22 mars 1968 : D. 1968, 412.

49. Une décision du 10 mai 1972 fait cependant encore expressément référence à « la fraude faisant échec à toutes les règles de droit » (Bull. civ. III, n. 300, p. 216).

l'acquéreur soit engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil⁵⁰.

Si la vente est reconnue valable, le bénéficiaire aura seulement droit à réparation. Si la vente est reconnue frauduleuse, elle sera annulée. *La fraude consistant désormais dans la simple connaissance du contrat* d'option, il faut admettre que nous sommes loin de la jurisprudence postérieure au décret de 1855.

Citons une décision du 30 janvier 1974 : « Vu l'article 1382 du Code civil... l'acquisition d'un immeuble en connaissance de sa précédente cession à un tiers est constitutive d'une faute qui ne permet pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière »⁵¹.

Citons également les termes d'une décision postérieure très explicite qui résume bien la situation actuelle : « En vertu de l'article 1382 du Code civil, le bénéficiaire d'une promesse de vente est fondé à invoquer contre une personne même étrangère à cette promesse soit la fraude à laquelle celle-ci s'est associée, soit seulement la faute dont elle se serait rendue coupable en acceptant d'acquérir un immeuble qu'elle savait faire l'objet d'une promesse »⁵².

167. L'évolution pourrait encore se poursuivre : en effet, nous allons voir qu'une promesse unilatérale peut faire l'objet d'une publicité facultative ; dès lors, on pourrait faire grief à tout éventuel acquéreur de ne pas s'être renseigné avant d'acheter. Il y aurait présomption de connaissance dès l'instant où la preuve de la publicité est établie⁵³. Chaque fois qu'une promesse a fait l'objet d'une publicité foncière, le tiers acquéreur serait présumé en avoir eu connaissance et la mauvaise foi serait établie, sauf preuve contraire possible.

La publicité foncière ferait présumer la connaissance du tiers acquéreur... La Cour de cassation est opposée, à l'heure actuelle, à cette solution. C'est ainsi que l'on peut interpréter l'arrêt du 20 février 1979⁵⁴. Cette décision confirme, s'il en était besoin, que la vente d'un bien ayant fait l'objet d'une promesse unilatérale peut être déclarée opposable au bénéficiaire de ladite promesse si elle a été publiée. Elle précise, en outre, que la publication n'établit pas, à elle seule que le tiers ait acheté le bien en sachant qu'il était promis. Il faut en déduire également que l'on ne peut faire grief au tiers de ne pas s'être renseigné avant de s'engager à acheter.

Admettre la présomption de mauvaise foi dès l'instant où les

50. Le recours à la responsabilité civile ne fit pas l'unanimité de la doctrine. M. Bredin déclara que « l'article 1382 a suffisamment fait de ravages dans notre droit pour qu'il ne lui fût pas aussi permis de détruire la publicité foncière ». La Cour de cassation ne fut pas ébranlée pour autant. (J.-D. Bredin : Rev. trim. dr. civ. 1968, p. 565).

51. Cass. civ. III, 30 janv. 1974 : D. S. 1975, 427, note M. Penneau.

52. Cass. civ. 8 juillet. 1975 : Gaz. Pal. 1975, 781, note Planqueel.

53. Note Planqueel précitée.

54. Cass. civ. III, 20 février 1980, J. C. P. 1980, II, 19376.

formalités de la publicité foncière ont été accomplies reviendrait à rendre opposable à tous le contrat d'option. Or, c'est justement ce que refuse la jurisprudence en se retranchant derrière la lettre du décret du 4 janvier 1955 qui régit désormais la publicité foncière⁵⁵.

B. Situation du droit d'option au regard des règles de la publicité foncière.

168. Organisée, par la loi de 1885, pour les actes et jugements portant mutation ou constitution entre vifs de droits réels immobiliers, le décret-loi du 10 octobre 1935 l'étendit au partage et à la transmission successorale. En outre, le décret du 4 janvier 1955 complète ces dispositions : il soumet à la publicité des « actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer » (art. 28-2°). Enfin, le décret du 7 janvier 1959 prévoit une publicité possible pour les promesses unilatérales de vente et les promesses unilatérales de bail de plus de douze ans (art. 37-1).

On peut donc distinguer deux sortes de publicité : une publicité obligatoire et une publicité facultative. Les actes soumis à la publicité obligatoire sont opposables aux tiers après leur publication. La publicité facultative ne rend pas les actes publiés opposables aux tiers. Cette publicité ne sert qu'à l'information des usagers. Aucun effet juridique appréciable n'est attaché à cette formalité ; un acheteur éventuel peut savoir, s'il fait la démarche volontairement, si le bien qu'il se propose d'acquérir a été promis, mais nous avons vu que l'on ne peut pas lui faire grief de ne pas s'être informé. On pourrait aller même jusqu'à dire qu'il n'a pas intérêt à s'informer puisque s'il le fait, il peut faciliter la preuve de sa connaissance et de sa mauvaise foi. Si le bien l'intéresse vraiment, il a intérêt à ne rien savoir... Constatons que la situation est paradoxale.

169. La lecture de ce texte impose quelques observations :

- a) l'article 37 vise expressément les promesses unilatérales de vente et les promesses unilatérales de bail de plus de douze ans ;
- b) la publicité foncière obligatoire ne concerne plus seulement des droits réels mais des charges grevant le droit de propriété ;
- c) l'article 28-2° mentionne une catégorie nouvelle, « les restrictions au droit de disposer » dont le texte ne propose aucune définition. On peut seulement affirmer qu'il s'agit d'actes à titre onéreux⁵⁶ comme tous les actes mentionnés à l'article 28, puisque les donations de biens susceptibles d'hypothèque sont soumises aux règles du Code civil (art. 30-2 du décret susvisé) ; seuls entrent dans le champ d'application de l'article 28, le droit d'usage et les servitudes.

La doctrine et la jurisprudence se trouve, du fait des termes

55. Complété par le décret du 7 janvier 1959.

56. G. Marty et P. Raynaud, op. cit., t. III, 1^{er} vol., n. 680.

mêmes de ce texte, devant un problème juridique délicat. Le droit d'option, né d'une promesse unilatérale de vente n'est donc visé que dans les actes soumis à une publicité facultative et ne bénéficie pas d'une protection efficace. Or, il se rapproche, en réalité, des « restrictions au droit de disposer ». Ne devrait-il pas ainsi entrer dans le champ d'application des articles 28 et 30 du décret du 4 janvier 1955 ?

C'est pour cette raison que nous étudierons successivement :

I. Quelle est la position de la jurisprudence en ce qui concerne la publication du contrat d'option ?

II. Le droit d'option peut-il et doit-il être considéré comme une « restriction au droit de disposer » ?

I. Position actuelle de la jurisprudence en ce qui concerne la publication du droit d'option.

170. Jusqu'en 1971, la publicité foncière des promesses unilatérales n'avait pas, à notre connaissance, soulevé de difficulté.

Or, le 4 mars 1971, la 3^e Chambre civile de la Cour suprême censure un arrêt de la Cour d'appel de Rennes concernant un pacte de préférence. Les juges du fond avaient estimé que la publicité d'un pacte de préférence n'était pas obligatoire, que l'absence de cette formalité était dépourvue de toute sanction et que, si elle était effectuée, elle n'entraînait qu'une présomption de connaissance dont la preuve contraire était susceptible d'être rapportée. L'arrêt est cassé dans ces termes⁵⁷ : « Attendu qu'il résulte de ce texte (D. 4 janv. 1955) qu'une restriction au droit de disposer, dès lors qu'elle a fait l'objet d'une mesure de publicité est opposable aux tiers ; que tel est le cas notamment d'un pacte de préférence portant sur un immeuble ». La Cour suprême affirmait ainsi de la façon la plus claire qu'elle considérerait désormais le pacte de préférence comme une « restriction au droit de disposer » et qu'elle le faisait entrer dans le champ d'application des articles 28 et 30 du décret du 4 janvier 1955.

Cette solution ne pouvait pas être contestée sur le plan juridique : le décret ne mentionne à aucun moment le pacte de préférence ; elle avait donc a priori les coudées franches.

171. Néanmoins, la bataille commençait. Il est presque traditionnel, en effet, de considérer le pacte de préférence comme une promesse conditionnelle de vente (même si les différences qui les séparent sont essentielles, nous le verrons). Si une telle décision était prise pour cette catégorie d'actes, qu'allaient devenir les promesses unilatérales ? Pourquoi soumettre à deux régimes différents des conventions de même nature ? Si l'on considère le pacte de préférence comme une restriction au droit de disposer, on devrait considérer *a fortiori* comme telle le contrat d'option.

La cour de Poitiers, sur renvoi de la 3^e chambre adopte la

57. Cass. civ. III : D. S. 1971, 358, note E. Franck.

solution suggérée le 4 mars 1971, par un arrêt rendu le 22 mai 1974⁵⁸. Elle précise que la solution n'est pas fondée sur la nature du pacte de préférence, montrant par là qu'elle doit être indépendante de la promesse unilatérale. Cette affirmation n'est absolument pas convaincante, car elle n'est étayée par aucun argument. Voici les termes de la décision :

« ... il importe peu de rechercher la nature juridique du droit de préférence ; [que] s'il est exact que l'art. 37 dudit décret ne prévoit qu'une simple possibilité de publication des promesses de vente sans l'assortir de sanction, il n'en reste pas moins que le pacte de préférence portant sur un immeuble emporte une restriction au droit de disposer de ce bien ; qu'il en résulte que si la publicité est réalisée, elle confère à ce pacte, en vertu de l'art. 30-1, al. 3 de ce décret, une opposabilité aux tiers ; »

Cette décision laissait donc en marge les contrats d'option.

172. Un arrêt rendu par la Cour suprême le 22 février 1977 en déclarant inopposable un acte non soumis à la publicité de l'article 37-2 du décret affirme implicitement mais sans équivoque que les promesses unilatérales de vente visées par l'article 37-1 ne peuvent être opposables malgré leur publication : « ... le bénéficiaire n'avait pas usé de l'article 37-2 alors qu'il avait demandé en justice la réitération de la vente... il ne saurait opposer la mutation dont il se prévaut »⁵⁹. M. Dagot, un des commentateurs de cette décision souligne son importance et fait observer que le seul moyen de protection du titulaire d'un droit d'option se trouve dans l'utilisation de ce texte. Ce système institue, à son avis, une véritable prénotation en droit français puisqu'une publicité va rétroagir à la date d'une publicité précédente⁶⁰.

La Cour de cassation réaffirme sa position dans une décision

58. Poitiers, 22 mai 1974 : D. S. 1978, 299 ; Rep. Defrénois 1976, art. 31077, n. 10.

59. Cass. civ. III, 22 févr. 1977 : J. C. P. 1980, éd. N., II, p. 33, note M. Dagot — J. C. P. 1979, éd. G., II, 19223.

L'article 37-2 dispose que peuvent être publiés :

1° Demande en justice tendant à obtenir la réitération ou la réalisation en la forme authentique desdits actes ;

2° Procès-verbal notarié constatant le défaut ou le refus du cocontractant ou promettant de procéder auxdites réitération ou réalisation ;

3° Déclaration, par acte notarié, de la volonté du bénéficiaire de l'acte d'exiger lesdites réitération ou réalisation.

A cette publication est attachée l'opposabilité aux tiers (art. 30). La publication du procès-verbal de carence ou de la demande en justice tendant à faire constater la vente a le même effet que la publication des actes de l'art. 28. Par conséquent, le bénéficiaire de la promesse de vente qui a levé l'option peut, en faisant publier sa demande en justice passer devant le tiers acquéreur qui n'a pas encore fait publier sa mutation. Sa date de publication sera considérée pour comparer les dates respectives.

60. A. Piedelièvre, Promesse unilatérale de vente immobilière et prénotation, Defrénois 1975, art. 30.960. L'auteur note que le système est employé dans de nombreuses législations étrangères. C'est la publication provisoire en attendant la réalisation de la formalité définitive. Ainsi, lorsque la publication définitive pourra intervenir, elle prendra rang à la date initiale d'inscription.

récente⁶¹ : « ...c'est justement que l'arrêt d'appel retient ensuite que la publicité obligatoire de l'acte de vente, condition obligatoire de l'opposabilité, l'emportait nécessairement sur la publicité facultative de la promesse de vente, simple mesure d'information des usagers... » Cet arrêt précise, en outre, « qu'il n'est pas établi que (l'acquéreur) se soit associé aux agissements de R. (le propriétaire) et ait, en 1974, acquis la propriété litigieuse en connaissance de l'existence de la promesse de vente... » ce qui signifie qu'il n'y a aucune présomption de connaissance (ni simple, ni irréfragable) et que c'est au bénéficiaire de rapporter la preuve de la connaissance de la promesse.

173. Enfin, on a voulu voir un recul de la jurisprudence dans une décision concernant un pacte de préférence de bail de plus de douze ans. La Cour suprême décide dans cet arrêt que « le pacte de préférence de bail, simple promesse unilatérale conditionnelle, dont la violation se résout en dommages-intérêts, ne saurait constituer une restriction au droit de disposer... »⁶².

En effet, on aurait pu penser que le bail de plus de douze ans, ayant dans le décret de 1955 la même portée que la vente⁶³, il serait normal d'assimiler le pacte de préférence de bail au pacte de préférence de vente. On aurait restreint ainsi, au maximum, le champ d'application de l'article 37-1 : on aurait eu, d'une part, les promesses unilatérales de vente et les promesses unilatérales de bail de plus de douze ans (expressément visées par l'art. 37-1) et, d'autre part, les pactes de préférence de bail et les pactes de préférence de vente entrés par interprétation jurisprudentielle dans le champ d'application de l'art. 28-2°. C'était la suite logique de l'arrêt de 1971, bien que la critique soit évidente. Or, la Cour suprême isole complètement les pactes de préférence de vente, donnant ainsi l'impression de vouloir revenir en arrière, alors qu'elle semblait, avec la décision de 1971 souhaiter une révision des textes.

II. *Le droit d'option peut-il et doit-il être considéré comme une « restriction au droit de disposer ? »*

174. Les commentaires ont été abondants dans ce domaine. L'attitude de la doctrine face à la jurisprudence de 1971 peut se résumer en trois propositions :

- a) elle s'est montrée favorable à une solution qui exposait clairement que le décret du 4 janvier 1955 n'était pas satisfaisant ;
- b) elle a critiqué unanimement la solution qui consiste à soumettre à un régime différent deux institutions aussi voisines que le pacte de préférence et la promesse unilatérale de vente ;

61. Cass. civ. III, 20 fév. 1979 : J. C. P. 1980, éd. N., p. 34

62. Cass. civ. III, 13 mars 1979 : J. C. P., éd. N., II, p. 253, note S. Stemmer — D. S. 1979, 546, note E. Franck.

63. Art. 28 du décret du 4 janv. 1955 : « Sont obligatoirement publiés...
b) Bail pour une durée de plus de douze années... »

c) elle s'est divisée sur le point de savoir s'il était souhaitable d'admettre les promesses unilatérales de vente et les pactes de préférence dans les « restrictions au droit de disposer », dans l'hypothèse d'une réforme législative.

a) *le décret de 1955 n'est pas satisfaisant.*

175. On a reproché au législateur de 1955 sa méthode qui consiste à procéder « tantôt par énumération d'actes spécialement désignés... tantôt par disposition générale »⁶⁴. De ses listes énumératives de l'article 28, personne n'a jamais pu énoncer une définition logique. Dans une note récente, M. B. Stemmer fait observer que l'expression « restriction au droit de disposer » « renferme autant de situations restreignant réellement le droit de disposer que de situations dans lesquelles, sans que le droit de disposer soit en lui-même atteint, la valeur du bien est amoindrie ou même des situations qui sont de pures et simples aliénations »⁶⁵.

En instituant une publicité facultative sans effet juridique et à titre de simple information des usagers, le décret présente une grave lacune. Il encourage les bénéficiaires de promesses à une opération onéreuse sans leur offrir en contrepartie une protection efficace.

L'article 37-1 du décret précité isole les promesses unilatérales « dont la qualification de restriction au droit de disposer s'impose peut-être encore plus pour celles-ci que pour les pactes de préférence » et qu'en conséquence une réforme législative s'impose⁶⁶.

b) *les pactes de préférence et les promesses unilatérales de vente ne doivent pas être soumis à un régime différent.*

176. M. Foyer, à qui nous devons l'historique des « restrictions au droit de disposer » n'envisageait pas avant 1971 un régime différent pour ces deux techniques⁶⁷.

La catégorie des « restrictions au droit de disposer » a son origine dans une loi du 1^{er} juin 1924 applicable en Alsace Lorraine et qui ordonne la publication de cette classe d'actes juridiques. Cette loi ne contenait pas de définition, mais une circulaire ministérielle datée du 29 novembre 1924 mentionnait dans l'énumération les promesses de vente. Dès lors, la Cour de Colmar avait toujours considéré le pacte de préférence, variété de promesse unilatérale

64. Ph. Malaurie, note sous Cass. civ. III, 22 fév. 1977 : D. S. 1977, 165.

65. B. Stemmer, note sous Cass. civ. III, 13 mars 1979 : J. C. P. 1979, éd. N., II, p. 253.

M. J.-L. Aubert déplorait déjà en 1974 que cette notion soit floue et incomplète : note sous Poitiers, D. S. 1976, 298.

66. M. Giverdon, Rev. trim. dr. civ. 1976, 579 et également J.-L. Aubert in *Etudes Flour* 1979, p. 20, n. 24.

67. J. Foyer, Rép. civ. Dalloz, 1^{re} éd., V. Transcription immobilière.

de vente, comme une restriction au droit de disposer : il n'a jamais été question d'un régime différent pour l'une et pour l'autre, dans le contexte historique.

Les droits nés du pacte de préférence et de la promesse unilatérale sont des droits de même nature, ils doivent donc être soumis au même régime. S'il fallait absolument les séparer, il paraît plus nécessaire d'assurer au bénéficiaire d'une promesse de vente une protection absolue, puisque l'on peut dire que la vente est ébauchée, alors que, dans le pacte de préférence, elle est tout à fait hypothétique. Celui-ci a un intérêt moins immédiat que celui-là, et surtout il n'est pas en possession d'une offre de vente.

Il paraît donc contradictoire et illogique d'assurer une protection absolue aux pactes de préférence tandis qu'on ne peut le faire aux promesses unilatérales de vente.

c) la doctrine est divisée au sujet de la publication des promesses unilatérales de vente.

177. Il faut tout d'abord rappeler que tous les auteurs reconnaissent, bien entendu, l'argument de texte indiscutable que constitue l'article 37-1 du décret, obstacle infranchissable à toute inclusion des promesses unilatérales de vente et de bail dans la catégorie des restrictions au droit de disposer. Néanmoins, il est utile de raisonner sur l'opportunité d'une réforme législative et de savoir dans quel sens il serait souhaitable qu'elle fût faite.

Certains auteurs ont développé des arguments d'ordre juridique et pratique qui ne permettent pas de souhaiter que les pactes de préférence et les promesses unilatérales soient qualifiées de restrictions au droit de disposer.

La publicité foncière a été instituée pour les actes translatifs de droits réels ; or, pacte de préférence et contrats d'option ne confèrent à leur titulaire qu'un droit personnel et mobilier ; on ne peut donc leur étendre cette publicité sauf à changer la nature de ces droits, ce qui doit être exclu, ou à ne pas prendre en considération la nature du droit créé, ce qui serait une nouvelle conception de la publicité foncière⁶⁸.

178. La publicité foncière est destinée à résoudre un conflit entre deux droits concurrents. Ce sont, en principe, deux droits de même nature, deux droits réels. Peut-on envisager un conflit entre deux droits dont l'un serait un droit de créance et l'autre un droit réel, dans lequel le bénéficiaire du droit de créance puisse prétendre, sous prétexte qu'il a publié l'acte qui a donné naissance à celui-ci, voir attacher à sa publication les effets qui ne sont réservés qu'à la publication obligatoire de l'article 28. « Seul le droit de l'acquéreur ressortit à la publication de l'article 28, celui du

68. Opinions de M. J. Foyer in note M. E. Franck. D. S. 1979, 546, M. Dagot, J.C.P. 1972, II, 16983 et J. C. P. 1977, II, 18591.

bénéficiaire du pacte ressortissant à une publicité d'une toute autre nature, celle de l'article 37-1 »⁶⁹.

En pratique également, en soumettant le pacte de préférence à la formalité de la publication, on alourdit encore le formalisme immobilier. On ferait de même si l'on soumettait les promesses unilatérales à cette formalité. Soumettre ces périodes précontractuelles à des formalités, ce serait s'exposer « à voir reparaître des engagements innomés et purement personnels qui seraient pris pour remplacer les anciennes promesses devenues trop lourdes à monter ». M. Atias souligne enfin que la solution retenue en matière de promesse unilatérale respecte à la fois la lettre et l'esprit du décret de 1955⁷⁰.

En outre, fait remarquer M. Dagot, dans un conflit entre créanciers du promettant et du bénéficiaire, pourquoi favoriser d'une manière systématique ceux de ce dernier. D'autant plus qu'il y aurait à son avis, source possible de fraude : consentir une promesse unilatérale pour mettre en échec le droit des créanciers du promettant⁷¹.

179. *Au contraire*, certains auteurs seraient très favorables à une réforme qui ferait entrer les promesses unilatérales dans le champ de l'article 28 et y maintiendrait, bien entendu, les pactes de préférence.

La publicité foncière n'est plus réservée aux actes constitutifs de droits réels, elle a été étendue à certains actes relatifs à des droits personnels, tels les baux de plus de douze ans et organisée pour l'information des usagers indépendamment de tout conflit de droits : le décret-loi du 10 octobre 1935 l'a étendue au partage et à la transmission successorale⁷². Il n'y aurait pas d'obstacle de principe à ce que le législateur impose une publicité aux contrats d'option et l'assortisse de l'opposabilité aux tiers.

« Peu importe, écrit M. J.-L. Aubert, que ces avant-contrats ne créent aucun droit réel, ce qui compte c'est que s'instaure une sécurité juridique suffisante et que les engagements pris soient effectivement respectés »⁷³.

180. La pratique notariale a recours de plus en plus fréquemment à la publication des promesses, c'est la preuve qu'une telle formalité n'est pas aussi lourde qu'on veut bien le dire...

Enfin, depuis que la jurisprudence elle-même a reconnu que l'indemnité d'immobilisation était la contrepartie de l'inaliénabilité temporaire du bien promis, la promesse unilatérale peut entrer dans le champ d'application de l'article 28 qui ne concerne que des actes à titre onéreux, nous l'avons dit.

La reconnaissance du caractère synallagmatique du contrat

69. Mme M. Gobert in *Etudes Flour*, 1979, p. 237 et s.

70. Ch. Atias : J. C. P. 1978, éd. N., doct. p. 291.

71. M. Dagot, J. C. P. 1979, II, 19223. V. aussi D. 1980, inf. rap. 221.

72. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. III, 1^{er} vol., n. 573 s.

73. J.-L. Aubert, in *Etudes Flour*, 1979, p. 20.

d'option implique impérativement de qualifier ceux-ci d' « actes à titre onéreux constatant des restrictions au droit de disposer » avec tous les effets que le décret attache à cette qualification.

Conclusion du chapitre

181. Le droit né du contrat d'option est, en l'état actuel du droit, un droit personnel et mobilier qui n'est pas suffisamment protégé. Le bénéficiaire qui devrait théoriquement jouir d'une situation solide, puisqu'elle a pris naissance contractuellement, n'a, en définitive, pas plus de prérogatives que le titulaire d'une offre avec délai. La différence ne se manifeste vraiment qu'en cas d'incapacité ou de décès du bénéficiaire, ce qui manque tout de même de logique !

Il est donc souhaitable que la solution soit améliorée et que ce droit soit protégé d'une manière efficace en tenant compte de sa spécificité. (C'est le titulaire du droit qui détient le « pouvoir » de créer le contrat définitif de vente). Ce pouvoir ne doit pas être simplement théorique. La publicité foncière a l'avantage d'obliger le bénéficiaire à protéger lui-même son droit. On pourrait envisager, afin de restreindre les contraintes administratives, une publicité facultative dans le sens où le titulaire a le choix de sa situation. Le contrat créant une situation essentiellement temporaire, le bénéficiaire ne serait pas obligé de s'y soumettre, dans la mesure, par exemple, où il est tout à fait certain du promettant. La publicité, cependant une fois faite, rendrait opposable la promesse.

La promesse unilatérale doit avoir pour seul but de donner au bénéficiaire la possibilité de former le contrat de vente qu'il envisage. Néanmoins, cette institution a servi à d'autres fins : certains y ont vu le moyen de se soustraire à une réglementation impérative.

CHAPITRE II

LA PROMESSE UNILATERALE DE VENTE, TECHNIQUE EMPLOYEE COMME INSTRUMENT DE FRAUDE

182. La promesse unilatérale n'aurait dû servir qu'à procurer au bénéficiaire un délai de réflexion permettant de différer la formation du contrat de vente ou d'y renoncer. C'était sa destination première. Or, les contractants ont vu, dans cette institution, une manœuvre habile permettant d'éviter, à leur rencontre, l'application d'une législation contraignante dans le domaine de la vente. Le contrat d'option permet, dans cette optique, de recevoir des fonds, dès sa conclusion, sans passer le contrat définitif de vente que des textes impératifs réglementent, voire interdisent. Cette manœuvre habile, certes, est, en réalité, une manœuvre frauduleuse. Fraude et habileté sont, en effet, des notions très voisines, sur ce terrain, et l'on glisse facilement de l'une à l'autre. « Il y a fraude à éluder une règle dont les conditions d'application sont réunies, mais habileté à se placer en dehors de ces conditions » à moins que cette modification soit purement artificielle¹. Or, peut-on dire que c'est « se placer hors des conditions d'une vente » que de conclure un contrat d'option ? Les contractants ont voulu le faire croire, les tribunaux ont vu, dans la plupart des cas une manœuvre purement frauduleuse. Le contractant n'a eu, lors de la passation du contrat d'option qu'un seul objectif : celui de se soustraire à une contrainte légale. Cette contrainte est destinée à protéger ou des intérêts d'ordre public ou des intérêts purement privés. Les contractants visent à se soustraire à des lois impératives ou à satisfaire un intérêt purement personnel en éludant les obstacles qui peuvent entraver leur affaire. Toutefois, la fraude, en aucun cas, ne doit être présumée mais doit être prouvée. Or, la jurisprudence a vu dans la promesse unilatérale, dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant, un pacte sur succession future, alors que le caractère actuel du droit d'option implique la solution inverse, sauf à prouver l'existence d'une fraude. Enfin, l'utilisation de la promesse unilatérale comme source de revenus occultes a sensibilisé le législateur au point de lui faire prendre une mesure d'ordre essentiellement fiscal, la loi du 19 décembre 1963. Ce texte a eu, néanmoins, des conséquences

1. J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, t. I, n. 754 et s.

importantes sur l'institution elle-même. Nous étudierons d'abord la promesse et son utilisation comme moyen de fraude, pour analyser ensuite la réaction du législateur et ses conséquences :

Section I : La promesse unilatérale utilisée comme moyen de fraude.

Section II : Réaction du législateur en matière fiscale. Loi de 1963.

Section III : Portée de la sanction édictée par la loi de 1963.

Section I : LA PROMESSE UNILATERALE DE VENTE EMPLOYÉE COMME MOYEN DE FRAUDE.

183. A. *La promesse unilatérale a été utilisée par les contractants en vue de se soustraire à des lois d'intérêt public.* C'est ainsi qu'elle a été employée en matière de crédit et de faillite.

I. Utilisation de la technique dans le but d'éluder les règlements restreignant le crédit.

184. Lorsque le décret du 20 mai 1955 (complété par divers décrets d'application et arrêtés ministériels) eut restreint la durée et la quotité du crédit et exigé des emprunteurs un apport personnel initial de 20 %, certaines entreprises virent leurs ventes diminuer notablement. Ce fut le cas, notamment, des entreprises vendant des appareils électro-ménagers et du matériel audio-visuel. En outre, les infractions à la législation sur les prix étaient assorties de sanctions pénales, ce qui dissuadait le vulgaire fraudeur. Il fallait donc trouver un moyen pour que l'acquéreur ait la disposition de son appareil avant même qu'il ait pu réunir la somme exigée par les organismes de crédit, sans pour autant tomber sous le coup de la loi. Le système fut trouvé pour les appareils de télévision notamment.

Les commerçants dissimulaient ce qui était, en réalité, une vente à crédit sans acompte initial en une location avec promesse de vente. Ils déposaient, chez leurs éventuels acquéreurs, des appareils de télévision munis d'un « monnayeur » dans lesquels on introduit des pièces de 1 F pour que l'appareil puisse fonctionner pendant un certain temps. Le relevé périodique du contenu du monnayeur constituait la location de l'appareil. Lorsque, au bout de 3 à 6 mois, la somme totale déjà versée équivalait à un apport de 20 %, le locataire avait une option ; il pouvait, soit restituer l'appareil, soit l'acheter, les loyers venaient alors en déduction du prix total de l'appareil.

Le système trouvé était habile, il fut jugé frauduleux par la Cour suprême malgré l'attitude plus clémentine de certains tribunaux. Il faut trouver la raison de cette sévérité dans le fait qu'il s'agissait d'une infraction à la législation économique, matière

d'ordre public par excellence. La juridiction répressive fut plus sévère que les tribunaux civils.

185. Les tribunaux répressifs ont estimé que ces conventions n'étaient pas de réelles locations avec promesse de vente mais des ventes sous condition résolutoire. Ils ont donc sanctionné les vendeurs qui utilisaient la promesse de vente dans le seul but d'attirer une clientèle ne disposant pas d'un capital suffisant. La règle de l'apport initial était ainsi tournée et les tribunaux ne se sont pas considérés comme liés par ces qualifications apparentes. La jurisprudence a pu juger que, dès le premier contact, l'intention des parties était de réaliser en deux temps une seule et unique opération commerciale de vente à crédit et que cette opération n'avait été imaginée que dans le but d'éluder les dispositions de l'article 37-5° de l'ordonnance du 30 juin 1945 et des textes précités de 1955².

Sur le plan civil, les décisions ont été plus nuancées. Ainsi la Cour de Colmar a admis la qualification de location assortie de promesse de vente. Il faut noter que la plupart des conventions contenaient bien une véritable faculté d'acquérir ou de renoncer et la qualification des parties pouvait parfaitement se soutenir. On trouvait réellement le choix essentiel à cette qualification, et le système avait l'avantage de permettre à l'entreprise de rester propriétaire de son bien afin d'éviter qu'il ne devienne le gage des créanciers de l'utilisateur^{3 et 4}.

II. *Utilisation de la technique dans le but d'éluder l'article 60 de la loi du 13 juillet 1967 relatif à la revendication du vendeur à crédit en cas de règlement judiciaire.*

186. En cas de règlement judiciaire, la loi du 13 juillet 1967 interdit au vendeur à crédit d'exercer une action en revendication de ses effets mobiliers à l'encontre de la masse. Il ne peut opposer à la masse la clause de réserve de propriété qu'il a incluse dans son contrat et qui n'a d'effet qu'entre les parties contractantes ; au

2. Cass. crim. 26 juill. 1965 : J.C.P. 1966, II, 14472, note P.L. Cass. com. 14 fév. 1973 : D.S. 1973, somm. 48.

3. Colmar, 3 juin 1965 : J.C.P. 1966, II, 14472.

4. Le conseil national du crédit a, au cours de sa réunion du 24 avril 1979, par une décision de caractère général abrogé les dispositions limitant la quotité et la durée des crédits susceptibles d'être consentis pour le financement des ventes ou achats à tempérament des biens à usage domestique ou particulier. (Avis du 29 avril 1979, J.O. 29 avril, p. 1000) : « considérant, d'une part, qu'il convient de créer les conditions d'une plus large concurrence entre les divers établissements qui interviennent dans le financement des biens à usage domestique ou particulier ; considérant qu'il importe à cet effet de laisser aux établissements spécialisés dans le financement des ventes et achats à tempérament le soin de déterminer, dans chaque cas, le montant et la durée de leur concours et par conséquent d'abroger les règles de quotité et de durée instituées par la décision de caractère général du 28 juillet 1954. »

regard de la masse, il est censé n'être plus propriétaire. Ce régime a été qualifié d'ordre public⁵ et a été modifié par la loi du 12 mai 1980⁶. Pour M. Houin, cette règle n'avait pas pour fondement la protection du crédit apparent du commerçant mais la recherche d'une égalité entre tous ceux qui ont fait confiance à leur débiteur, qu'ils soient fournisseurs de marchandises ou de services. Il en approuvait donc le principe et aurait souhaité qu'elle ait « la vie plus dure ». Nous ne nous étendrons pas sur le régime actuel qui fait l'objet de nombreuses études, mais nous voulons simplement montrer de quelle façon, avant la modification de la loi, les contractants tentaient de s'y soustraire⁷ et⁸.

Les fournisseurs, se sentant lésés lorsque leur débiteur faisait faillite avant d'avoir payé intégralement le prix, qualifiaient leur accord de « locations-ventes », pensant ainsi avoir les avantages de la location avec promesse de vente, c'est-à-dire pouvoir revendiquer leur bien puisque la propriété n'a pas été transférée, sans en avoir les inconvénients c'est-à-dire le choix qui laisse le vendeur dans l'expectative. Ils laissaient volontairement s'installer l'équivoque.

187. Les fournisseurs, en invoquant une promesse unilatérale, se protégeaient donc des créanciers de la masse. Mais la location-vente n'a aucune existence officielle, par conséquent, les magistrats ont dû, dans chaque cas litigieux, procéder à une requalification. Le contrat de location-vente recouvre trois opérations distinctes :

a) une vente à tempérament qui ne permet plus au fournisseur de revendiquer son bien puisqu'il y a eu cession et qu'il n'en est plus propriétaire ;

b) un contrat de crédit-bail réglementé par la loi du 2 juillet 1966 et le décret du 4 juillet 1972 et qui permet au bailleur d'opposer son droit de propriété dans la mesure où il a effectué les formalités de publicité nécessaires ; (entreprise industrielles et commerciales).

c) une location avec promesse unilatérale de vente qui permet également au bailleur de revendiquer son bien tant que l'option n'a pas été levée. C'est à cette technique que les fournisseurs faisaient appel pour arriver à leurs fins.

Mais, la Cour de cassation n'est pas liée par la qualification donnée par les parties à leur convention. Elle exerce son contrôle sur la qualification⁹.

5. Cass. com. 18 oct. 1960 : J.C.P. 1961, II, 11903, Note Nertoux ; Cass. com. 27 fév. 1961 : J.C.P. 1961, II, 12124 ; Cass. com. 25 nov. 1969 : D. 1970 ; somm. 111.

6. J.O. 13 mai 1980.

7. R. Houin, L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite, J.C.P. 1980, éd. C.I., n. 13283.

8. J. Ghestin, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, D. 1981, chr. p. 1.

F. Derrida, La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives, D. 1980, chr. p. 293.

9. Cass. req. 29 janv. 1902 : D.P. 1902, 1, 96.

188. En ce domaine, son contrôle devait être très vigilant car se prononcer en faveur de la promesse unilatérale, c'était privilégier les intérêts des bailleurs au détriment des utilisateurs. Récemment, deux arrêts ont admis la qualification de « location combinée avec une promesse de vente non réalisée »¹⁰.

Les tribunaux, pour qualifier un contrat de promesse unilatérale, s'appuie sur le critère de la réelle liberté de choix laissée au locataire en fin de bail. Cette liberté est calculée d'après la soulte finale et le taux des loyers. Si le prix total de la chose est simplement égal à la somme des loyers, on se trouve certainement en présence d'une vente à crédit. De même si la soulte ne représente qu'une infime partie de la valeur marchande du bien, il n'y a pas de choix véritable.

C'est ce qu'il résulte d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui précise, en outre, qu'il ne peut y avoir location avec promesse de vente si le solde du prix ne représente qu'une infime partie de la valeur marchande du bien, et ce, même si *le locataire n'a pas pris l'engagement de se rendre acquéreur en fin de contrat*¹¹. Dans cette espèce, les juges avaient relevé que l'importance des redevances que devait acquitter l'acheteur, comme les soins qu'il se proposait d'apporter à l'engin (un camion) le contraignaient en fait de lever l'option sous peine de renoncer à un véritable droit acquis et de perdre ce qu'il avait déjà versé.

Néanmoins, la méthode qui consistait à se soustraire aux effets de la loi en cas de liquidation des biens en créant une location-vente était habile dans la mesure où le critère de l'option était à peu près respecté.

189. Une évolution s'est faite en la matière, ces dernières années, dès avant le vote de la loi : la jurisprudence s'orienta vers un concept de la location-vente qui admet une certaine réserve de propriété. La location-vente devient un contrat « sui generis » dans lequel le transfert de propriété est différé jusqu'à un terme déterminé qui est fixé au moment où le prix est intégralement payé. La Cour de cassation admet « ... que la Cour d'appel déclare que ledit contrat ne peut s'analyser en une vente à crédit, que le futur acquéreur est bien un locataire réglant à chaque échéance des redevances correspondant à l'usage de la chose louée puisque ce n'est qu'après versement de l'intégralité des loyers pendant les cinq années prévues que le transfert de propriété sera réalisé »¹².

Sur le plan des principes, l'arrêt peut être critiqué : en effet, pour que l'on puisse admettre le transfert de propriété de plein

10. Douai 7 fév. 1975 et Nîmes 5 mars 1975 : Gaz. Pal. 1975, 1, 383. Il faut signaler que les opérations de locations avec promesse de vente présentent de gros avantages fiscaux, ce qui explique que l'Administration est souvent amenée à des requalifications. A ce sujet, le juge fiscal est indépendant du juge civil ; l'Administration peut donc demander au juge de l'impôt de requalifier l'acte juridique bien que le juge civil ait déjà statué (Rennes 30 nov. 1976, D.S. 1978, 302, note G. Parleani).

11. Paris (15^e) 13 janv. 1960 : Gaz. Pal. 1960, 2, 25.

12. Cass. com. 7 fév. 1977 : D.S. 1978, 703, note Nguyen Phu Duc.

droit sans soulte, il a fallu que le locataire paie en réalité des acomptes et non pas seulement des loyers. La solution adoptée n'était pas évidente dans tous les cas, mais elle laissait présager une réforme générale plus adéquate. En effet, la loi du 12 mai 1980 a modifié l'article 65 de la loi du 13 juillet 1967 en permettant la revendication des marchandises vendues, en cas de règlement judiciaire du débiteur, si dans le contrat est insérée une clause suspendant le transfert de propriété au paiement intégral du prix.

Dès lors, les fournisseurs n'ont plus besoin de faire appel à une promesse unilatérale de vente plus ou moins fictive pour pouvoir revendiquer leur bien.

190. En conclusion, il n'est pas illusoire de penser que les problèmes délicats posés par les vendeurs ayant fait appel à la location-vente pour se soustraire à l'inopposabilité de la clause de réserve de propriété à la masse des créanciers ont permis une solution définitive, même si elle ne fait pas l'unanimité et si elle n'est pas exempte de difficultés d'application.

Il faut signaler également que M. Charles Millon, en 1979, avait déposé à l'Assemblée nationale une proposition de loi tendant à modifier l'article 1583 du Code civil. Le nouvel article serait rédigé ainsi : « La vente est parfaite entre les parties et la propriété acquise de droit à l'égard du vendeur dès qu'il est convenu de la chose et que le prix est payé ». La clause insérée dans le contrat n'aurait plus sa raison d'être. On s'alignerait ainsi sur la législation allemande dans laquelle le vendeur reste propriétaire jusqu'au paiement du prix et les créanciers du débiteur, en cas de règlement judiciaire ou liquidation des biens, peuvent revendiquer leurs biens.

191. B. *La promesse unilatérale a été utilisée par les contractants en vue de se soustraire à des lois d'intérêt privé.* Le cas s'est présenté fréquemment pour l'application de la loi du 29 juin 1935 relative aux ventes de fonds de commerce ; il s'est présenté également dans des situations isolées que l'on peut donner à titre d'exemples tout en notant que l'imagination des fraudeurs est sans limite et que l'on pourrait en trouver d'autres...

I. *La promesse unilatérale a été utilisée par certains vendeurs de fonds de commerce qui désiraient se soustraire aux exigences de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935.*

192. En vertu de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, le vendeur d'un fonds de commerce doit obligatoirement faire connaître à son acheteur le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices commerciaux réalisés au cours des trois dernières années d'exploitation, sous peine de voir prononcer la nullité de la vente du fonds. La nullité peut cependant être refusée par le juge s'il ressort des circonstances que l'acquéreur a été renseigné et a conclu la vente en connaissance de cause. La loi a donc pour seul but la protection

de l'acquéreur, et c'était le rôle des tribunaux de faire respecter le mieux possible cette protection.

Certains vendeurs ne tenaient pas à faire connaître tous les éléments du fonds, de peur que les futurs acquéreurs reculent devant un tel contrat qui, à l'examen approfondi, se révélait moins intéressant qu'à première vue. Ils imaginèrent donc de passer avec leur futur acquéreur un contrat de promesse unilatérale de vente assorti d'un important dédit. La promesse de vente n'étant pas une cession définitive ne devait pas être soumise à la loi de 1935, ils n'avaient donc pas à informer les bénéficiaires des éléments leur permettant de connaître la valeur du fonds promis ; l'important dédit les mettait à l'abri de toute désillusion puisque les acquéreurs n'avaient, en réalité, plus aucun choix, ils étaient obligés d'acheter pour ne pas perdre les capitaux engagés.

La mauvaise foi des vendeurs était évidente ; ils ne concluaient une promesse unilatérale que dans le but de se soustraire aux exigences de l'article 12 de la loi de 1935. Les acquéreurs, par ce biais, n'apprenaient qu'au moment de la conclusion de la vente définitive la valeur réelle du fonds ; à ce moment-là, ils ne pouvaient plus reculer sans perdre l'important dédit qu'ils avaient accepté de verser.

193. Pour faire échec à cette mauvaise foi, la jurisprudence a d'abord essayé de s'opposer à la validité même des clauses de « dédit ». Mais, nous l'avons vu, elle n'était pas unanime et la solution n'était pas souhaitable. C'est dans un litige en ce domaine que la Cour suprême a admis le principe de la validité d'une clause stipulant une indemnité d'immobilisation dans une promesse unilatérale¹³. Néanmoins, cette clause devait respecter la réalité d'un choix. C'est pourquoi, sur ce point, elle a pris une position que l'on peut résumer ainsi :

1) elle a exigé que les juges du fond recherchent si la consignation immédiate d'une indemnité élevée ne contraignait pas l'acquéreur à lever l'option¹⁴.

2) elle a qualifié le contrat, comportant une clause d'indemnité élevée, de promesse synallagmatique de vente, et inclus celle-ci dans le champ d'application de la loi de 1935¹⁵.

194. Ces litiges ont permis de définir la notion de l'indemnité d'immobilisation dans les contrats d'option. Ce fut une étape très positive dans cette évolution. Sur le plan théorique, le prix d'achat étant définitivement déterminé dès la conclusion de la promesse unilatérale, il était normal d'inclure celle-ci dans le champ d'appli-

13. Cass. civ. 23 juin 1958 : D. 1958, 581.

14. Cass. civ. sect. com., 20 nov. 1962 : D. 1963, 3.

15. Cass. civ., sect. com. 24 nov. 1954, somm. 35. Le dédit est alors une clause pénale permettant de se rétracter. L'application de la loi permet aux acheteurs l'annulation du contrat qui ne précisait pas les mentions exigées, aucune somme d'argent ne peut leur être demandée.

cation de la loi ; le choix laissé au bénéficiaire et acquis par lui à titre onéreux ne doit pas dépendre de l'honnêteté des vendeurs¹⁶.

II. Les juges ont pu décider, dans certains litiges, que la qualification de promesse unilatérale de vente ne visait qu'à créer une situation artificielle destinée à tourner la loi.

195. Nous citerons ici deux arrêts, à titre d'exemples, qui démontrent que la promesse peut être utilisée dans des situations isolées en vue de la seule satisfaction du promettant.

1) Pour donner un fonds en location-gérance, les propriétaires, en vertu des art. 4 et 5 de la loi du 20 mars 1956, doivent remplir certaines conditions. L'article 4 dispose qu'ils doivent avoir exercé pendant une durée de sept ans les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique et avoir exploité, pendant deux ans au moins, le fonds à mettre en gérance.

Dans cette affaire, les propriétaires, ne remplissant pas les conditions de délai, avaient demandé une dispense en faisant valoir qu'il leur était impossible d'exploiter le fonds eux-mêmes et qu'ils avaient l'intention de le réserver à l'un de leurs enfants. La dispense leur avait été accordée, la location-gérance avait été autorisée dans le but de conserver le bien dans la famille.

Or, les propriétaires assortirent leur location-gérance d'une promesse de vente avec faculté d'acquérir et d'une demande de versement d'une indemnité d'immobilisation de 70 000 F. La Cour d'appel a jugé que l'opération réalisée par les propriétaires était « toute différente » de celle qui avait été autorisée. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi. Le contrat d'option n'avait été conclu que pour toucher la somme de 70 000 F d'indemnité d'immobilisation alors que la vente pure et simple était interdite. Les promettants n'avaient vu que leurs intérêts personnels¹⁷.

196. 2) Un propriétaire avait voulu louer son appartement à un prix très nettement supérieur à celui qui était fixé par la loi du 1^{er} septembre 1948. Il avait donc imaginé de conclure un contrat de promesse unilatérale de vente moyennant le paiement mensuel d'une indemnité d'immobilisation, et avait procédé ainsi pour tous les occupants de ces locaux.

Les juges du fond, au vu des documents produits, ont conclu à une location pure et simple et ont dénoncé la fraude¹⁸.

197. Ces deux exemples montrent clairement que le contrat d'option peut se prêter à une opération financière appréciable capa-

16. De Juglart et Ippolito, Droit commercial, 1^{er} vol., 2^e éd. p. 593 qui cite à l'appui Amiens, 27 nov. 1973 (D.S. 1973, 780 qui concerne un engagement d'achat). La promesse se transformant en contrat par la seule acceptation du bénéficiaire, il est normal que la promesse contienne les mentions exigées.

17. Cass. com. 11 avril 1975 : Bull. civ. IV, n. 116, p. 107.

18. Cass. civ. III, 12 mai 1975 : D.S. 1975, inf. rap. p. 178.

ble d'attirer les gens honnêtes et malhonnêtes. C'est l'avantage immédiat à retirer de la situation qui rend le contrat si attrayant. C'est donc parce qu'il est synallagmatique qu'il est couramment utilisé.

Dans ces situations, les juges du fond ont décelé la situation artificiellement créée, la fraude. Bien que ces utilisations diverses rendent suspecte la promesse unilatérale, il ne faut pourtant pas généraliser et voir, a priori, une fraude. C'est cependant ce qui se passe lorsque l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant : le juge civil agit comme s'il présumait la fraude alors qu'il devrait attendre que soit rapportée la preuve d'une fraude.

C. On a vu dans la promesse unilatérale de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant un pacte sur succession future.

198. L'article 1130 du Code civil interdit toutes les conventions ayant pour objet la succession d'autrui ou sa propre succession. Le Code ne définit pas les pactes sur succession future, mais la jurisprudence a interprété très largement et avec une grande rigueur l'article 1130, en annulant « toutes les stipulations ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte »¹⁹. La doctrine, dans le même temps, proposait cependant des analyses beaucoup plus libérales.

On a trouvé plusieurs fondements à cette rigueur :

a) l'idée sous-jacente d'immoralité. Or, il est d'autres cas que celui-ci dans lesquels la disparition d'une personne peut être avantageuse, ne serait-ce que l'assurance-vie au profit d'un tiers.

b) l'objet même du pacte serait immoral, car le patrimoine apparaît comme le prolongement de la personnalité et ne peut faire l'objet d'une convention. Néanmoins, cette analyse écarterait du champ de l'art. 1130 toutes les conventions sur un bien déterminé (et notamment les promesses de vente).

c) ces conventions permettraient de bouleverser les règles que le Code a posées pour la dévolution de la succession et qui sont des règles d'ordre public²⁰.

199. Certaines conventions n'ont aucun de ces fondements, notamment celles dans lesquelles les parties ont des avantages actuels réciproques. C'est pourquoi, des auteurs tels que Vialleton et Capitant ont vu une distinction à faire entre les pactes sur succession future prohibés par la loi et les promesses post mortem qui seraient valables.

La validité de ces dernières tiendraient au fait que « les stipulations produisent immédiatement leur effet juridique. Le stipulant devient créancier du promettant ; il acquiert un droit de créance contre celui-ci... Par ces stipulations, les parties ont voulu

19. Cass. civ. 11 janv. 1933 : D.P. 1933,1,10, note H. Capitant.

20. Planiol et Ripert, 1948, 1^{re} éd., t. 3, n. 1491.

retarder au décès non pas la naissance du droit mais seulement son exigibilité.²¹ »

Alors que le droit né d'un pacte sur succession future n'est qu'un droit éventuel, le droit né d'une promesse post mortem est un droit actuel.

200. Doit-on voir dans la promesse unilatérale de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant *un pacte sur succession future ou une promesse post mortem* ?

Observons que le promettant tire de son bien, dès la conclusion du contrat d'option, un avantage financier et le bénéficiaire acquiert, au même moment un droit de créance contre lui. Nous l'avons dit, le droit d'option est reconnu comme étant un droit actuel ; dans ce cas, le bénéficiaire est un créancier dont la créance est affectée d'un terme suspensif.

En outre, la promesse de vente porte sur un bien déterminé, donc, ni sur la succession entière, ni sur une fraction de la succession. Par conséquent, l'interprétation restrictive de l'article 1130 du Code civil permettrait facilement d'écarter les promesses unilatérales de son champ d'application²².

Or, malgré ces arguments, la jurisprudence n'admet pas que la promesse unilatérale puisse être une promesse post mortem. Les cas de validité que l'on a pu citer sont excessivement rares : ils reposent sur des arguments de fait, très particuliers, et qui ne permettent pas de préjuger d'une évolution jurisprudentielle importante.

Néanmoins, il est certain que le législateur a validé certaines conventions jusqu'alors prohibées, telles que la « clause commerciale », les clauses de continuation dans les sociétés²³, mais la jurisprudence ne paraît pas encore engagée dans une voie libérale. On a cependant voulu voir un certain recul de la prohibition de ces conventions²⁴. Nous analyserons donc la situation actuelle, et nous essaierons de prévoir quelle incidence pourrait avoir la nouvelle conception du contrat d'option.

I. Situation actuelle.

201. La Cour suprême conteste la plupart des promesses de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant. Deux arrêts importants ont été rendus par la Cour suprême dans la même affaire :

21. H. Capitant cité par M.J. Ghestin dans la chronique intitulée : La promesse unilatérale de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant est-elle un pacte sur succession future ? D. 1970, chr. p. 89.

V. également I. Najjar, note sous Cass. civ. I, 13 juin 1979 : D. 1980, p. 553, qui démontre que la nullité est encourue dès que la succession du vendeur est obligée autrement que « par voie de conséquence » et que l'on ne sent aucun recul de la jurisprudence sur ce point.

22. M.S. de la Marnière : D. 1960, p. 594.

23. J. Ghestin, op. cit., le contrat, n. 586.

24. André Lucas, le recul de la prohibition des pactes sur succession future : Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 455.

1) l'arrêt du 13 octobre 1964²⁵ qui relève que « l'acte créait en réalité à la charge de leur succession (celle des promettants) une obligation dont ils n'étaient pas tenus eux-mêmes ».

2) l'arrêt du 11 juillet 1967²⁶, qui constate que l'acte litigieux ne créait pas « d'ores et déjà, à la charge de ceux-ci (les promettants) des obligations dont leur succession n'aurait été tenue que par voie de conséquence ». La décision comporte également une fin d'attendu assez floue : « l'acceptation du bénéficiaire n'ayant porté que sur le principe de l'option future, sans constituer cette option elle-même. » Elle laisse à penser que la Cour de cassation ne veut pas admettre la nature actuelle du droit d'option. L'arrêt de la Cour d'appel rendu en la matière le 8 novembre 1962 avait décidé que l'acte litigieux « constituait une promesse de vente déterminée dans son objet comme dans son prix, qui, si son exécution était reculée jusqu'au décès du dernier des promettants, les engagerait immédiatement de façon irrévocable de sorte que l'obligation qui pesait sur les héritiers s'identifierait avec celle-là même que les époux D... avaient personnellement assumée ». Il fut censuré par la Cour suprême, le 13 octobre 1964 qui renvoya devant la Cour d'appel d'Angers.

202. D'une manière générale, la Cour suprême annule la convention lorsque le promettant n'est pas tenu d'une obligation personnelle immédiate ou lorsque le patrimoine de celui-ci n'est pas modifié par la promesse. La promesse est annulable lorsqu'elle laisse inchangée la situation du promettant sa vie durant, et qu'elle ne modifie, en réalité que la succession non encore ouverte²⁷.

203. Quelques arrêts rarissimes semblent admettre la validité de la promesse. Un arrêt, rendu le 25 octobre 1961²⁸, valide la clause litigieuse, mais comme le fait remarquer M. Ghestin, il s'agissait en réalité d'une donation déguisée, acte actuel et irrévocable²⁹. La Cour suprême s'est également prononcée en faveur de la validité d'une promesse qui pouvait être acceptée « dans un délai de six mois ayant pour point de départ, soit une mise en demeure adressée par le promettant au stipulant, soit le décès du promettant ». C'est cette décision qui a fait écrire à M. A. Lucas³⁰ que la prohibition des pactes sur succession future était en recul, car on peut faire deux observations :

1) les clauses dont l'option peut être levée, soit du vivant du promettant, soit après sa mort échappent à l'annulation (ici le choix appartenait au promettant, cela réduisait à néant, à notre avis, l'importance du choix) sont admises ;

25. Cass. civ., 1^{re} sect. civ., 13 oct. 1964 : J.C.P. 1965, II, 14170.

26. Cass. civ. I, D. 1968, 64.

27. Note I. Najjar précitée n. 199.

28. Bull. civ. I, n. 487, p. 384.

29. Chronique précitée, n. 199, note 21.

30. Article précité, n. 200, note 24.

2) observation plus importante aux yeux de M. Lucas, la promesse avait été faite « avec l'obligation implicite pour le promettant de ne pas aliéner les actions ». De l'avis même de cet auteur, c'est reconnaître que la qualification de pacte sur succession future ne dépend pas exclusivement de la date possible de la levée d'option, mais, aussi et surtout de la libre disposition du bien par le promettant. Si le promettant est tenu de ne pas disposer du bien avant la survenance du terme (son décès), la promesse pourrait être valable. Une décision de la Chambre civile du 7 octobre 1965 appuierait cette thèse. Pour annuler la promesse, la Cour a estimé qu'elle « n'obligerait pas les époux L... à conserver le bien dans leur patrimoine et n'engageait que leurs héritiers ou légataires ». Il en résulta que s'il était établi, a contrario, que la promesse de vente est une diminution au droit de disposer de son bien, la jurisprudence pourrait évoluer³¹.

L'évolution actuelle et future de la promesse unilatérale de vente aura-t-elle une influence décisive sur sa validité ?

II. Situation future envisageable grâce à l'évolution du contrat d'option.

204. L'évolution du contrat d'option devrait provoquer un recul certain de la prohibition des promesses unilatérales dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant.

Le changement devrait se faire sur trois points principaux :

1) la reconnaissance unanime que le contrat d'option, contrat autonome, donne naissance à un droit d'option actuel pur et simple dont l'exercice seul est repoussé jusqu'au décès du promettant. Le contrat est alors affecté d'un terme suspensif, modalité d'exécution seulement.

2) la modification législative du décret du 4 janvier 1955 dans un sens permettant l'assimilation de la promesse unilatérale de vente au pacte de préférence autoriserait la qualification de « restriction au droit de disposer » de l'obligation du promettant. La promesse entraînant une véritable diminution de pouvoirs du promettant sur son bien ébranlerait une jurisprudence en partie fondée sur le fait que celui-ci a encore la libre disposition du bien promis jusqu'à sa mort.

3) la reconnaissance de la qualification du contrat d'option comme contrat de nature synallagmatique ferait pression sur la jurisprudence. Par la conclusion de ce contrat, le promettant s'oblige personnellement durant sa vie, et, si son patrimoine n'est pas définitivement modifié, il est cependant provisoirement amoindri.

31. Bull. civ. I, n. 524, p. 396. « Autrement dit, écrit M. Lucas, la promesse dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant n'est pas un pacte sur succession future, dès lors que le decujus présumé s'engage à ne pas disposer du bien. C'est là un assouplissement considérable par rapport à l'arrêt de 1964 » (art. précité, p. 485).

205. On a voulu voir dans l'obligation du promettant une simple abstention convenant parfaitement à un propriétaire désirant conserver intact son patrimoine. Le raisonnement à faire est différent : il ne s'agit pas de regarder uniquement l'obligation du promettant, mais de constater que, pour cette obligation, celui-ci a reçu une contrepartie dont il a profité immédiatement et dont son patrimoine a bénéficié avant qu'il n'y ait succession. Prenons un exemple : le promettant a consenti une promesse de vente à son locataire et les loyers ont été alors augmentés en conséquence. Le bailleur a consenti un droit d'option dont la contrepartie est l'augmentation des loyers, avantage dont a profité immédiatement le promettant. Il serait impossible de ne pas valider une telle convention ; le décès n'est qu'un terme suspensif. Dès le contrat d'option, le bénéficiaire a un droit sur le bien et ce droit doit être respecté par les héritiers : c'est une charge qui pèse sur le promettant durant sa vie et qui pèse sur la succession par voie de conséquence.

Nous nous trouvons, en quelque sorte, dans la même situation que lorsque le *de jure* présumptif impose à la succession le paiement d'une créance qu'il a fait naître de son vivant à son profit. La Cour suprême a admis depuis fort longtemps que, dans ce cas, la convention porte seulement sur la date d'exigibilité de la dette, et qu'il ne s'agit pas d'attribuer à son créancier un droit nouveau sur la succession qu'il s'attend à recueillir³².

La nature du contrat d'option doit influencer de manière très efficace sur la validité de la promesse dont l'option ne peut être levée qu'après décès du promettant.

206. Néanmoins, devrait-on alors valider toutes les promesses ? Les tribunaux et les cours devront être très vigilants, car, nous l'avons vu, la promesse unilatérale est une technique permettant bien des fraudes. Il faut que le promettant voit son patrimoine amoindri pendant la durée du contrat d'option afin que l'on puisse constater que la charge du contrat a pesé sur lui et non pas seulement sur la succession. La fraude à la loi, si fraude il y a, doit être prouvée, mais, la promesse *post mortem* ne doit pas être écartée *a priori* dans ce cas.

Nous avons vu que la promesse unilatérale se prête aisément à des manœuvres de fraude à la loi. Elle est devenue peu à peu suspecte, et, la preuve de la fraude a pu être rapportée relativement facilement, d'autant plus facilement qu'elle se multipliait sous l'effet de l'imagination débordante des contractants. Seul, le contrôle du juge y mettait un frein, la volonté des contractants restait libre, jusqu'au jour où le législateur réagit en face d'une fraude devenue trop régulière : les cessions de promesses étaient des sources de revenus occultes. C'est ainsi que fut votée l'article 7 de la loi du 19 décembre 1963.

32. Req. 15 fév. 1897 : D.P. 1897,1,582.

Section II : REACTION DU LEGISLATEUR. LOI DU 19 DECEMBRE 1963.

207. Il est de pratique courante, dit l'instruction administrative, « pour certains professionnels de se faire consentir des promesses unilatérales de vente par les personnes qui désirent procéder à la vente d'immeubles ou de fonds de commerce leur appartenant. Ces promesses sont ensuite cédées à l'acquéreur définitif moyennant un prix qui reste occulte et échappe ainsi tant aux taxes sur le chiffre d'affaires qu'à l'impôt sur le revenu »³³.

L'administration n'avait pas les moyens de s'opposer à de telles pratiques, puisqu'elle ne pouvait avoir connaissance de ces actes. Il y avait, certes, l'article 646-I du Code général des impôts, auquel la loi de 1963 n'a nullement porté atteinte et qui soumet à l'enregistrement dans un délai de 10 jours à partir, en principe, de leur date, les actes sous seing privé et notamment les promesses de vente même non acceptées se rattachant à la profession de lotisseurs, marchands de biens et assimilés visés à l'article 270 du même code. Néanmoins, ce texte n'était assorti d'aucune sanction.

208. La cession de promesse unilatérale était la technique qui se prêtait le mieux à la dissimulation de revenus. Le bénéficiaire cédait sa promesse contre un prix avantageux qu'il ne déclarait pas au fisc.

En effet, le principe de la cessibilité des promesses unilatérales de vente a été reconnu depuis longtemps. La Cour de cassation pose en principe que « rien ne s'oppose à ce qu'une promesse de vente devienne cessible »³⁴. Ce principe n'a jamais été remis en question depuis. La cessibilité n'est écartée que lorsqu'elle est expressément stipulée ou lorsque la nature du contrat l'exige, par exemple, une location-gérance³⁵.

C'est pour remédier à la fraude fiscale née de ces cessions que le législateur a réagi en votant la loi du 19 décembre 1963 (art. 7). L'administration se voyait frustrée d'une source légitime de profit et les tribunaux constataient trop souvent que c'était un moyen de pression aux mains des spéculateurs.

Cette disposition législative est une loi fiscale. Elle vise notamment les promesses de vente d'immeubles et de fonds de commerce ; elle est devenue l'article 1840 A du Code général des impôts³⁶. Elle déroge au droit commun en ce qu'elle édicte une *nullité absolue* pour sanctionner une obligation fiscale.

33. Instruction administrative, n. 9396 de 1965 (B.O.E.D. 1965, I, 9396 ; Rép. not. 1966, art. 28828.

34. Cass. civ. 31 janv. 1866 : D.P. 1866,1,69.

35. Cass. civ. 27 nov. 1944 : D.P. 1945,78.

36. Il faut excepter la vente d'immeuble à construire qui est désormais régie par la loi du 3 janvier 1967 et le décret d'application du 22 décembre 1967.

209. Ce texte dispose que « toute promesse unilatérale de vente afférente à un fonds de commerce, à un droit, à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 *ter*, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seings privés enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire et que toute cession portant sur lesdites promesses, qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seings privés enregistré dans les dix jours de sa date « sera nulle et de nul effet ».

A. Définition du terme « acceptation ».

210. L'acceptation est l'élément déterminant pour l'application de la loi de 1963. Jusque-là, ce terme offrait une certaine ambiguïté. Il désignait aussi bien l'acceptation définitive de la vente c'est-à-dire la levée de l'option, que le fait de prendre acte de la promesse sans engagement d'acheter.

C'est ainsi qu'aux termes d'une décision du 26 mai 1908, on trouvait : « attendu que jusque-là la promesse de vente demeurée unilatérale en ce sens que *tout en l'acceptant*, F... ne prenait pas l'engagement d'acheter ... et par suite n'était pas de nature à être transcrite utilement ... que pour être complète la transcription aurait dû comprendre à la fois la promesse de vente et la déclaration de son *acceptation* ». Dans cette décision, la Cour de cassation emploie successivement le terme « acceptation » dans les deux sens³⁷.

211. L'acceptation, au sens de la loi de 1963, c'est le fait de prendre acte sans s'engager définitivement. L'instruction du 16 janvier 1964 note que « l'acceptation visée par l'article 7 de la loi du 19 décembre 1963 doit être entendue comme le fait par le bénéficiaire de la promesse d'en prendre acte aux fins de la rendre définitive et non comme levée de l'option ». La définition est, en quelque sorte, officielle maintenant³⁸.

En outre, elle précise que cette acceptation substitue « à une simple pollicitation un véritable contrat, conférant en toute hypothèse un caractère obligatoire à l'engagement du promettant ».

L'acceptation est donc l'élément qui forme avec l'offre du promettant le « contrat d'option ».

Son existence doit donc être établie avec certitude : c'est par l'acceptation de la promesse que nous sortons de la période pré-contractuelle ; il ne peut plus y avoir, de contreproposition, ni de rétractation unilatérale. L'acceptation est un fait qui est souverainement apprécié par les juges du fond. Antérieurement à la loi,

37. Req. 26 mai 1908 : D.P. 1909,1,425.

38. B.O.E.D. 1965, n. 9396.

l'acceptation pouvait être seulement présumée : ainsi, pour M. Julliot de la Morandière, la promesse était réputée acceptée par le destinataire dès lors qu'elle était parvenue à sa connaissance³⁹. Depuis la loi, la preuve de son existence est essentielle ; la réponse ministérielle du 3 octobre 1965⁴⁰ précise « qu'il semble qu'en règle générale, le simple fait de détenir la promesse de vente ne puisse être considéré à défaut d'autres circonstances particulières comme emportant cette acceptation ».

212. Conformément à cette réponse, la Cour suprême a décidé, le 8 mai 1969⁴¹ que le simple fait de détenir la promesse ne pouvait être assimilé à une acceptation. Cette jurisprudence est constante : récemment, la Chambre commerciale estime que l'acceptation ne peut se déduire du seul exercice par le bénéficiaire de la faculté de se faire remettre l'acte, afin de détenir la preuve littérale de l'obligation contractée à son profit⁴².

En revanche, n'a pas justifié sa décision la Cour d'appel qui, pour écarter l'application de l'article 1840 A du C.G.I. a dénaturé les termes de l'acte litigieux en décidant qu'il constituait une simple sollicitation « alors que le bénéficiaire qui détenait le seul exemplaire rédigé de sa main y avait inséré lors de la rédaction la mention qu'il « acceptait » le contenu de l'acte »⁴³.

En outre, la détermination de la date de l'acceptation est indispensable pour la computation du délai⁴⁴.

Néanmoins, il n'y a pas de forme à respecter pour accepter la promesse, les juges du fond forment leur intime conviction sur les circonstances de la cause et les documents produits au procès. C'est ainsi que la Cour suprême précise qu'il ne résulte pas des dispositions de l'article 1840 A du C.G.I. que l'acceptation du bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente doit être formulée par écrit et c'est en vertu du pouvoir souverain d'appréciation dont ils disposent que les juges du fond décident si une telle acceptation est donnée⁴⁵.

213. La sanction fiscale est grave sur le plan civil. Elle peut compromettre la sécurité des transactions en annulant des contrats qui, sans ce texte, seraient parfaitement valables et auraient force obligatoire sans contestation possible. Elle peut aussi permettre à certains contractants de mauvaise foi de soulever la nullité à

39. Colin et Capitant par Julliot de la Morandière, 1959, n. 632.

40. J.O. Débats Sénat, p. 993.

41. J.C.P. 1969, II, 16006.

42. Cass. com. 7 juin 1979 : Dr. fiscal 1979, 48, 2370.

43. Cass. civ. III, 16 mars 1976 : D.S. 1976, inf. rap. 176.

44. Cass. civ. III, 6 mars 1973 : J.C.P. 1973, II, 17588.

45. Cass. civ. III, 24 fév. 1976, Bull. civ. n. 88. La Cour suprême ne multiplie pas les formalités nécessaires à l'enregistrement exprimant la son désir d'une nullité exceptionnelle. Ainsi, l'exemplaire soumis à l'enregistrement n'a pas besoin de comporter l'engagement manuscrit du propriétaire dès lors que le mandataire du propriétaire a signé et s'est porté fort de l'exécution de la promesse. Cass. civ. III 20 nov. 1979 : Dr. fiscal 1980, 32, 1771.

seule fin de se libérer des conventions qui ne présentent plus pour eux le même intérêt qu'à la signature du contrat ⁴⁶.

La jurisprudence, en veillant à l'application du texte législatif, a une double mission : faire respecter une loi impérative et trouver des solutions équitables et conformes aux principes.

L'analyse des décisions permet de constater, surtout dans les années qui ont suivi le vote de la loi, une certaine réticence à appliquer l'article 1840 A du C.G.I. Le champ d'application a été restreint au maximum et l'on a admis que l'acceptation et la levée d'option fussent simultanées.

B. L'article 1840 A du C.G.I. est interprété restrictivement.

214. Selon les termes mêmes de la loi, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale sous seing privé peut soumettre celle-ci à la formalité de l'enregistrement dans les dix jours, ou la faire constater par un acte authentique.

215. Or la jurisprudence a admis :

a) que la promesse unilatérale soit enregistrée dans les dix jours, ou constatée par un acte authentique dans le même délai.

La Chambre civile, le 10 octobre 1968, interprète ainsi le texte de 1963 : « il résulte de l'article 1840 A du C.G.I. que la constatation de la promesse par acte authentique dans les dix jours de l'acceptation *aussi bien* que l'enregistrement de l'acte sous seing privé dans le même délai, satisfont à ces prescriptions ». Dans cette décision, la Cour suprême a conclu à la validité d'un procès-verbal de carence qui avait été dressé par notaire six jours après l'acceptation ⁴⁷.

La Chambre civile place hors du champ d'application de l'article 1840 les simples prorogations de promesses ⁴⁸.

b) qu'un exploit d'huissier constatant la promesse et son acceptation puisse être considéré comme authentifiant la promesse unilatérale. L'acte doit reproduire les énonciations de la promesse, celles du moins qui sont essentielles : les parties, l'objet, le prix et les clauses déterminantes. « C'est à bon droit qu'une Cour d'appel, qui a relevé qu'une promesse de vente avait été intégralement reproduite dans l'acte de dépôt de cette promesse aux

46. M. R. Savatier (Rev. trim. dr. civ. 1971, p. 61 et s) dénonce l'important contentieux issu de la faculté offerte par le législateur à certains cocontractants de trouver dans l'inobservation des formalités fiscales matière à remettre en cause des conventions passées.

Il faut noter toutefois, qu'une partie qui n'a pas invoqué devant les juges du fond la nullité pour défaut d'enregistrement d'une promesse unilatérale sous seing privé ne peut l'opposer utilement pour la première fois devant la Cour de cassation, ce moyen fût-il d'ordre public, étant mélangé de fait et de droit. (Cass. civ. 17 déc. 1973 : D.S. 1974, inf. rap. p. 72).

47. D. 1969, 271 note G. Morin ; Defrénois 1969, art. 29291, note G. Morin — Cass. civ. III, 8 oct. 1975 : D.S. 1975, inf. rap. 264.

48. Cass. civ IV 29 janv. 1979 : Bull. civ IV, n. 35, p. 28.

minutes du notaire, a déclaré que cet acte de dépôt reçu par un officier public compétent, revêtait par-là même un caractère authentique » décide la 3^e Chambre civile⁴⁹.

c) bien que l'instruction administrative de 1965 précise que les cessions de promesses unilatérales de vente entrent dans le champ d'application de la loi de 1963, on a cependant essayé d'écarter certaines cessions : celles dans lesquelles était insérée une clause de substitution.

216. On a fait valoir que la clause de substitution incluse dans les promesses unilatérales était une stipulation pour autrui et non une cession, et, comme telle, échappait à l'article 1840 A.

Les tiers bénéficiaires étaient les acquéreurs successifs de la créance (c'est-à-dire du droit d'option), le stipulant était le bénéficiaire originaire de la promesse.

Le 2 juillet 1969, la Cour suprême admet (provisoirement) cette interprétation, en confirmant l'arrêt de la Cour d'appel⁵⁰. Cette solution écartait les promesses unilatérales avec clause de substitution de la sanction de la loi de 1963, lorsqu'elles étaient sous seing privé et non enregistrées, mais elle n'était pas exempte de critiques :

1) cette solution écartait la majorité des promesses car la clause de substitution était pratiquement une clause de style, ou le serait, en tous les cas devenue, si la solution avait été définitivement admise. En outre, la cessibilité étant la règle et l'incessibilité l'exception, la stipulation aurait pu être considérée comme tacite ;

2) l'esprit de la loi de 1963 était d'atteindre toutes les cessions de promesses afin d'empêcher toute possibilité de fraude ;

3) dans la stipulation pour autrui, l'acceptation du tiers bénéficiaire n'est soumise à aucune condition de forme et le droit des tiers n'est pas protégé, tandis que les formalités de la cession de créance permettent de pouvoir s'opposer aux tiers et notamment en cas de fraude dirigée contre les acquéreurs successifs de l'option.

4) la cession de l'option n'a pas le même but que la stipulation pour autrui. Celle-ci peut être inspirée soit par le désir d'éteindre une obligation existant à la charge du stipulant envers le tiers bénéficiaire, soit de lui procurer un enrichissement⁵¹. On peut affirmer, sans crainte d'erreur, que la cession d'option n'est pas effectuée dans ce but. M. Aubert fait remarquer que ce serait vraiment méconnaître les réalités⁵².

217. Sensible à ces arguments, la Cour de cassation revient définitivement sur sa jurisprudence et adopte la solution inverse, le 4 juin 1971. Elle refuse de voir dans une clause de substitution

49. Cass. III 8 janv. 1970 : Bull. civ. III, n. 25, p. 18.

Cass. civ. III 30 nov. 1971 : Bull. civ. III, n. 587, p. 417.

Cass. civ. III 8 oct. 1975 : D.S. 1975, inf. rap. 264.

50. Cass. civ. III 2 juill. 1969 : D. 1970, 150, note J.-L. Aubert.

51. Colin et Capitant par Julliot de la Morandière, éd. 1959, t. II, n. 994.

52. note précitée sous 2 juill. 1969.

53. Cass. civ. III 4 juin 1971 : Bull. civ. III, n. 357, p. 254 ; D.S. 1972, somm. 36.

une stipulation pour autrui⁵³ : « l'acte par lequel est consenti à un bénéficiaire ou à toute personne qu'il se réserve de se substituer » la faculté d'acquérir si bon lui semble, jusqu'à une date déterminée la propriété d'un bien est une promesse unilatérale de vente à laquelle l'article 7 de la loi du 19 décembre 1963 est applicable ».

Cet arrêt met un point final à la distinction éventuelle entre cessions proprement dites et cessions en vertu d'une clause de substitution.

218. *Observation* : La jurisprudence n'écarte a priori aucune catégorie d'actes ou de contractants du champ d'application de l'article 1840 A du C.G.I. Il a été jugé qu'une SAFER, bien qu'exemptée du paiement des droits d'enregistrement, n'est pas dispensée de la formalité de l'enregistrement. Cette décision est tout à fait justifiée dans la mesure où la formalité exigée est destinée à faire connaître les cessions et non à encaisser les droits fixes⁵⁴.

C. L'acceptation et la levée d'option peuvent être effectuées simultanément.

219. Une jurisprudence déjà ancienne avait admis que l'acceptation de la promesse en tant que telle et la levée d'option pouvaient être simultanées et se confondre⁵⁵. Elle constatait que la promesse était valable par elle-même, l'acceptation avait seulement pour effet de lier le promettant qui ne pouvait plus retirer son offre.

La Cour de cassation a entériné cette jurisprudence depuis la loi de 1963⁵⁶. Elle présente l'avantage de pouvoir soustraire à la nullité les promesses dont on ne peut établir avec certitude l'acceptation et qui sont donc restées à l'état de simples sollicitations, donc hors du champ d'application de la loi.

Les juges du fond constatent souverainement que les actes invoqués dans le procès ne constituent pas une acceptation de la promesse et que celle-ci a été en réalité simultanée de la levée d'option.

Jusqu'à la levée de l'option, il n'y a donc qu'une simple sollicitation. Le contrat d'option n'est formé qu'à la levée de l'option : le bénéficiaire prend acte de la promesse en même temps qu'il accepte le contrat de vente. Ainsi, la vente peut être conclue sans que le promettant ait besoin de renouveler son consentement. C'est là que réside tout l'intérêt de cette interprétation. Nous savons, en effet, que lorsqu'il y a une simple offre, celle-ci est considérée comme étant sans cesse renouvelée jusqu'à l'acceptation, elle doit

54. Cass. civ. III 19 juin 1968 : Bull. civ. III, n. 220.

55. Paris 3^e, 22 juin 1950 : J.C.P. 1950, II, 5918, note P.S. — Cass. civ. I, 1^{er} juin 1953 : Bull. civ. I, n. 175, p. 147.

56. Cass. civ. III 19 oct. 1971 : Bull. civ. n. 500, p. 357.

Cass. civ. 14 nov. 1972 : Bull. civ., n. 593, p. 436.

Cass. civ. 17 juill. 1973 : Bull. civ. 1976, n. 480, p. 349.

Cass. civ. III 12 juill. 1976 : D.S. 1976, 557, note M. Poulmais.

donc être encore valable à ce moment-là. Lorsqu'il y a un contrat d'option, le consentement du promettant est, nous l'avons dit, donné à la formation du contrat et n'a pas à être renouvelé pour que la vente soit parfaite⁵⁷.

220. Un exemple caractéristique nous est donné par un arrêt du 17 juillet 1973⁵⁸. Il s'agissait d'un bail en gérance libre auquel avait été adjointe une promesse de vente en garantie d'importants travaux d'améliorations nécessaires à l'exploitation du bien. Le bail avait été conclu en 1959, la levée de l'option eut lieu en 1968 à l'expiration du bail, mais la promesse n'avait pas été enregistrée et était annulable, ce qui était une mesure inéquitable dans les circonstances de l'espèce. C'est alors que les juges estimèrent que la promesse unilatérale contenue dans le bail n'avait été acceptée qu'au moment de la levée de l'option. Solution équitable s'il en fût mais peu réaliste, car, comment peut-on affirmer que la promesse n'a pas été acceptée puisque c'est le locataire lui-même qui se l'est fait consentir en garantie des travaux qu'il avait engagés ?

221. Cette jurisprudence a été vivement critiquée. M. Savatier avait, dès l'entrée en vigueur de la loi de 1963, dénoncé la possibilité de fraude qu'il y avait à ne pas accepter la promesse de vente, c'est-à-dire à ne pas la signer avant la levée de l'option⁵⁹. En outre, la promesse non acceptée n'offre aucune sécurité au bénéficiaire, elle ne crée aucun lien obligatoire entre les partenaires, et tout repose sur la bonne foi de ceux-ci et sur le respect de leur parole ; les dommages-intérêts éventuels ne sont pas satisfaisants en ce domaine, et une solution telle que celle que nous venons de donner en exemple est tout de même aléatoire.

Madame Poulmais critique vivement l'arrêt du 12 juillet 1976 précité⁶⁰ et écrit « qu'échapper aux conséquences déplorables de l'application des dispositions fiscales ne peut justifier la mutilation des analyses du droit civil ni l'abandon de leur rigueur. En effet, on fait dépendre la qualification de l'engagement juridique de la seule volonté du bénéficiaire, alors que l'on doit rechercher la « commune intention des parties ».

222. Enfin, cette jurisprudence donnait aux agents immobiliers la possibilité de multiplier les fraudes : ils se faisaient consentir des promesses unilatérales de vente faites en un seul exemplaire et signées seulement du promettant. L'acceptation n'était effectuée qu'au moment où un acquéreur acceptait la vente et le fisc n'avait jamais connaissance de la somme versée à cette occasion. C'est pour mettre un terme à ces pratiques que la loi du 2 janvier 1970 interdit à toute personne qui fait habituellement des transactions immobilières de toucher une commission avant que l'affaire ne soit définitivement conclue. La loi de 1963 complétée par la loi

57. V. supra, n° 20.

58. Cass. civ. III, 17 juillet 1973 : Bull. civ. III, n. 480.

59. Rev. trim. dr. civ. 1971, chr. p. 61 et s.

60. D.S. 1976, 557.

du 2 janvier 1970 ont assaini totalement la profession. On distingue, à l'heure actuelle, les marchands de biens qui achètent pour revendre et les agents immobiliers qui sont désormais seulement des intermédiaires. (Ils doivent être en possession d'un mandat exprès).

Section III : PORTEE DE LA SANCTION EDICTEE PAR LA LOI DE 1963.

223. La loi du 19 décembre 1963 (art. 7) devenu l'article 1840 A du Code général des impôts sanctionne très sévèrement le défaut d'enregistrement des promesses unilatérales entrant dans son champ d'application. De telles promesses seront « nulles et de nul effet » entre les parties et erga omnes. Elles seront donc totalement inopposables. Un litige, à notre avis mal engagé, a permis à la Cour de cassation de réitérer le caractère absolu de cette nullité en affirmant qu'une promesse unilatérale sous seing privé non enregistrée était nulle et que cette nullité ne pouvait être couverte par la renonciation même expresse des parties. Une sanction aussi rigoureuse que celle de la loi de 1963 a fait apparaître la nécessité d'une information précise des contractants en ce sens. Ainsi, les formulaires préconstitués devraient tous contenir une clause prévoyant l'accomplissement de cette formalité. La Cour de Paris a été plus loin : elle a estimé que le notaire avait un véritable devoir de conseil dans ce domaine.

A. Une promesse unilatérale de vente sous seing privé nulle en application de l'article 1840 A du Code général des impôts ne peut être confirmée par une renonciation.

224. La Cour de cassation pose en principe que « l'acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé »⁶¹. Or, la nullité de l'article 1840-A doit être considérée comme une nullité absolue. Il ne peut en être autrement : en effet, d'une part, le texte lui-même dispose que l'acte entrant dans son champ d'application et non enregistré sera nul et de nul effet, et d'autre part, si nous nous plaçons sur le plan des parties contractantes, il n'aurait pas été possible d'envisager une renonciation. La confirmation-renonciation suppose que la partie qui a le droit de critiquer l'acte fasse connaître sa volonté de s'y refuser définitivement. Dans notre cas, les deux parties, en situation juridique équivalente, sont susceptibles de critiquer l'acte, et elles sont, dans la majorité des cas, en désaccord. La confirmation de l'une des parties serait sans valeur puisque l'autre soulèverait la nullité. Si l'on admettait qu'elles puissent toutes deux être d'accord, l'on se trouverait en face de deux situations possibles : ou bien, un tiers aurait soulevé la nullité et une confirmation postérieure des contractants ne pourrait lui porter

61. Cass. civ. I, 4 mai 1966 : Bull. civ. I, n. 265.

préjudice ; ou bien, il n'y a pas de tiers, la confirmation n'est pas davantage possible mais on peut toujours conclure un nouveau contrat.

La troisième chambre civile a ainsi décidé que la nullité résultant de l'inobservation des dispositions de l'article 1840-A ne pouvait être couverte par la renonciation même expresse des parties⁶². Par cette décision, la Cour suprême rejette non seulement la possibilité d'une renonciation tacite — elle faisait l'objet du litige, des versements avaient été effectués quatre mois après l'acceptation — mais encore, désirant prévenir des litiges ultérieurs, exclut la possibilité même d'une renonciation expresse. Cette décision permet une nouvelle fois de faire observer qu'il est très important de bien qualifier les actes que l'on fait et de libeller des clauses claires et non équivoques. En effet, dans cette décision, il était relevé que le vendeur avait qualifié les versements effectués par l'acquéreur « d'acomptes sur le prix ». Peut-être l'acte passé était-il en réalité une promesse synallagmatique ?

B. Le notaire, conseil des parties contractantes, a-t-il une obligation en ce qui concerne l'enregistrement de la promesse unilatérale effectuée sous seing privé ?

225. D'une manière générale, le devoir de conseil impose au notaire de *veiller à l'efficacité* tant technique que pratique des actes qu'il instrumente⁶³. Ce devoir de conseil a été élargi par la jurisprudence aux actes sous seing privé dont il est le rédacteur⁶⁴.

La Cour de Paris reprend cette jurisprudence et l'applique à la formalité obligatoire de l'enregistrement des promesses unilatérales sous seing privé⁶⁵. La Cour estime que le notaire a le *devoir de procéder à l'enregistrement* de la promesse, cette formalité étant le *complément nécessaire* de l'acte. Faut-il voir dans cette décision un cas d'espèce ou la naissance d'une véritable jurisprudence ? Les juges paraissent avoir tenu compte d'un certain nombre de facteurs particuliers : d'une part, le notaire était mandataire des parties qui l'avaient désigné comme séquestre de l'indemnité d'immobilisation et rédacteur de l'acte sous seing privé ; d'autre part, les clients du notaire étaient totalement ignorants des règles de notre droit et peu lettrés. Dans ce cas d'espèce, veiller à l'efficacité de l'acte (devoir du notaire) impliquait de procéder à la formalité de l'enregistrement. Les termes de la décision permettent de penser que si les clients avaient été plus avertis, la mission du notaire aurait pu consister seulement en la rédaction d'une clause à inclure dans l'acte. Il n'en est pas moins certain que le notaire qui agit

62. Cass. civ. III, 7 juill. 1982 : Bull. civ. III, n. 176 ; Gaz. Pal. 16 janv. 1983, Pan. p. 24, note J. Dupichot.

63. J.J. Aubert, Responsabilité professionnelle des notaires, 2^e éd., 1981, n. 59 et s.

64. Cass. civ. I, 26 janv. 1960, Bull. civ. I, n. 56 p. 45.

65. 23 avril 1982 : D.S. 1982, 36, note J.J. Aubert.

comme conseil juridique dans une promesse unilatérale de vente doit veiller à la formalité de l'enregistrement, celle-ci étant jugée comme étant le complément nécessaire de l'acte. C'est un principe dont les juridictions veillent à l'application selon les circonstances de la cause.

Une question connexe se pose : l'intermédiaire qui a fait conclure un contrat d'option assorti d'une indemnité d'immobilisation, peut-il dans ce cas où le bénéficiaire renonce à la vente, toucher une commission ?

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui jugeait des faits antérieurs à la loi de 1970 décidait que « si l'article 3 de la loi du 21 juin 1960 interdisait à un intermédiaire de « percevoir aucune somme représentative de frais de recherche, de démarches ou d'entremise avant la conclusion effective de la vente » ce texte ne privait pas un agent immobilier de la possibilité d'obtenir une rémunération proportionnée de ses peines à la suite de la caducité d'une promesse unilatérale lorsque cette caducité devait procurer à son mandant un avantage certain ; »... La réglementation de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970 est plus sévère puisque l'opération n'est pas censée être définitivement conclue lorsqu'elle contient une clause de dédit ou une condition suspensive, mais elle semble bien laisser le statu quo pour les indemnités d'immobilisation qui procurent un avantage certain au promettant ⁶⁶.

Les lois de 1963 et 1970, si elles ont pour but de supprimer les fraudes, ne privent pas les professionnels d'une rémunération justifiée. Le contrat d'option est un contrat autonome définitivement réalisé à sa conclusion et qui doit être traité comme tel.

Conclusion

226. La promesse unilatérale ou « contrat d'option » ne doit pas être considérée comme une technique « suspecte » sous prétexte qu'elle a pu ou qu'elle pourra encore être un moyen de fraude. Elle a une réelle utilité et est appelée à un plus grand développement dans l'avenir.

La loi de 1963 a eu sur le contrat d'option des effets qu'il est intéressant de noter :

a) elle a définitivement établi et surtout « officialisé » la distinction entre l'acceptation par laquelle le bénéficiaire prend acte de la promesse (celle qui est visée par la loi) et la levée de l'option qui transforme la promesse en contrat de vente.

b) elle a définitivement consacré le contrat d'option, contrat autonome qui a sa propre structure et sa propre finalité.

c) elle a fait apparaître que le promettant ne consent à conclure un « contrat d'option » que lorsque le bénéficiaire lui apporte un avantage équivalent à celui qu'il donne. C'est la contrepartie sti-

66. Paris 1^{er} mars 1973 : Act. jur. Prop. Immo. février 1974, p. 133. Ce n'est que la conséquence logique du caractère autonome du contrat de promesse unilatérale.

pulée qui a amené le législateur à réagir ; si le contrat d'option était un contrat unilatéral, il n'y aurait eu aucune raison de voter une loi.

d) ces effets se sont manifestés depuis dans la jurisprudence. Il est certain que les juges, dans l'obligation de faire application de la loi de 1963, ont affiné la notion et la définition de l'option.

Néanmoins, on peut tout de même regretter que cette même loi ait pu servir de moyen commode à certains contractants de mauvaise foi pour se libérer de leurs obligations.

On peut également regretter que, pour adopter la solution « raisonnable », les magistrats aient tendance à violer certains principes du droit civil au lieu de rechercher les critères fondamentaux dégagés dans ce domaine.

CHAPITRE III

LE CONTRAT D'OPTION, CONTRAT DESTINE A REALISER DES OBJECTIFS DETERMINES

227. Le but du contrat d'option est de retarder la formation du contrat de vente. Celui qui conclut un tel contrat recherche en premier lieu ce résultat.

En étudiant la promesse synallagmatique, nous nous sommes posés la question de savoir si d'autres techniques ne permettaient pas d'atteindre le même objectif, par exemple une promesse bilatérale sous condition suspensive ou résolutoire. Nous avons été obligés de constater que le contrat d'option était la seule convention parfaitement apte à satisfaire exactement les désirs du bénéficiaire.

En effet, prenons, par exemple, la promesse bilatérale assortie d'une condition suspensive ; lorsque la condition se réalise, et automatiquement, le contrat est formé ; dans le cas d'un contrat d'option, c'est le bénéficiaire qui décide de la formation du contrat par la levée de l'option. En outre, la condition doit consister en un fait précis, tel que prêt, permis de construire... or, bien des acquéreurs éventuels n'attendent pas la réalisation d'un événement précis, mais désirent procéder à une étude de marchés. Ils veulent donc immobiliser le bien sur lequel ils ont jeté leur dévolu sans s'engager fermement à l'acheter. Le contrat d'option offre une sécurité plus grande que la promesse bilatérale avec double faculté de dédit qui permet au promettant de retirer son offre en payant le dédit convenu. Le contrat d'option met le bénéficiaire à l'abri de ce risque puisque le bien est immobilisé pendant un certain temps à son seul profit.

Le contrat d'option réalise exactement les résultats recherchés par les deux parties : d'une part, il constitue la seule technique appropriée et satisfaisante pour celui qui veut garder une entière liberté de choix ; d'autre part, il procure un avantage très substantiel au promettant.

228. Ces avantages réciproques et connexes incitent à utiliser cette institution et à en étendre le champ d'application. Elle est employée très fréquemment entre particuliers, et, elle présente également un intérêt essentiel dans les rapports purement commerciaux.

Utilisée seule, elle est devenue, d'une manière trop souvent injustifiée, suspecte, car elle permet de réaliser certains objectifs précis qui sauvegardent les intérêts des deux parties contractantes

sans violer l'ordre public. Nous avons un exemple en matière de construction, plus précisément en ce qui concerne les lotissements. La situation définie et cependant provisoire créée par cette convention la rend tout à fait indispensable et permet la réalisation d'opérations irréalisables sans son concours.

Depuis un certain nombre d'années, la promesse de vente jointe à un contrat de location a connu un renouveau important. Cette utilisation nouvelle n'a rien de frauduleux, ni d'abusif, elle est destinée à réaliser aussi des objectifs précis, tout à fait légitimes et adaptés à des besoins économiques nouveaux.

Les contrats de crédit-bail sont nés d'un besoin économique ; à l'origine, les bailleurs ont modulé ces conventions selon leurs besoins respectifs, mais devant leur multiplication et l'usage abusif qui pourrait en être fait, le législateur les a réglementés. La loi du 2 juillet 1966 a organisé le crédit-bail tant mobilier qu'immobilier.

À côté de ces contrats utilisés par des professionnels pour leurs activités, certains fabricants ou fournisseurs pratiquent la simple location avec promesse de vente, parce que c'est une technique efficace pour favoriser la vente de leurs produits. Les lois nouvelles relatives à la protection du consommateur ont reconnu officiellement les contrats de location assortis de promesse de vente.

On pourrait nous objecter que si le crédit-bail est un contrat spécial depuis 1966 et que les locations avec promesse de vente le deviennent un jour, comment peut-on alors soutenir que le contrat d'option est lui-même un contrat spécial ? La réponse est simple : dans ses éléments constitutifs, on retrouve intact le contrat d'option ; dans le crédit-bail, on retrouve le choix élément essentiel de la promesse unilatérale et l'on constate également l'existence d'une contrepartie faisant apparaître son caractère synallagmatique. La spécificité du crédit-bail réside uniquement dans son régime et il est justifié par son utilisation. Lorsqu'une technique comprend dans ses éléments un contrat d'option, on doit constater l'existence de tous les éléments de ce contrat. La promesse unilatérale est incluse dans la convention proposée dans le seul but de différer le contrat de vente en laissant le choix définitif au pouvoir du bénéficiaire. Elle sert l'opération commerciale envisagée.

Section I : LE CONTRAT D'OPTION PERMET DE REALISER DES OPERATIONS QUI AURAIENT ETE IRREALISABLES SANS SON CONCOURS.

229. A. *En matière de construction*, le législateur a édicté certaines règles impératives qui sont destinées à protéger les acquéreurs contre les défaillances des promoteurs ou des entreprises. Plus spécialement, en ce qui concerne les lotissements, la commercialisation des lots est soumise à une réglementation rigoureuse¹.

1. Le lotissement peut se définir ainsi (art. R. 315-1 du Code de l'urbanisme) : « constitue un lotissement... toute division d'une propriété foncière en vue de l'implantation de bâtiments... »

Deux étapes essentielles sont indispensables à l'établissement de tout lotissement ; sans ces deux opérations, le lotissement ne peut exister et le lotisseur ne peut vendre un bien qui n'existe pas :

a) l'autorisation administrative de lotir délivrée par arrêté préfectoral ;

b) l'équipement des terrains. A l'achèvement des travaux, le lotisseur doit obtenir du préfet la délivrance d'un certificat de conformité mentionnant l'exécution des prescriptions imposées par l'arrêté d'autorisation. Le certificat autorise la vente des lots et la délivrance des permis de construire sollicités par les acquéreurs de lots².

Ces opérations handicapent terriblement les lotisseurs et ralentissent le marché. Or, ceux-ci sont pressés de commercialiser les lots. Ils ont engagé des travaux, fait appel à des établissements financiers ; ils n'obtiennent des crédits que dans la mesure où ils peuvent établir qu'ils ont des acquéreurs éventuels en nombre suffisant, car les organismes financiers veulent tester le marché avant de le financer.

230. Le contrat d'option va permettre de réaliser plus rapidement la commercialisation des lots, sans porter atteinte aux intérêts des acquéreurs.

Deux textes réglementent la vente des lots : l'article L. 316-3 et l'article R 315-32 du Code de l'urbanisme.

L'article L. 316-3 décide « qu'aucune publicité sous quelque forme que ce soit, ne peut être entreprise, aucune promesse de vente ou de location ne peut être consentie avant l'arrêté d'autorisation prévu par la réglementation en matière de lotissement ». Cette disposition exclut expressément les promesses de vente avant l'arrêté de lotissement.

Mais, l'article R. 315-32 est rédigé en ces termes : « aucune mutation entre vifs ou location concernant des terrains bâtis ou non bâtis compris dans un lotissement ne peut être effectuée avant l'intervention de l'arrêté autorisant le lotissement et l'exécution des prescriptions imposées au lotisseur par ledit arrêté ». Il n'est plus question de promesse de vente, mais seulement de mutation. Or, la promesse de vente est la technique adéquate qui permettra de consigner des fonds qui feront la preuve de la rentabilité future du marché et de la nécessité de crédits rapides.

Si l'article R. 315-32 n'interdit pas expressément les promesses unilatérales de vente, en raisonnant a contrario, il les permet. Ainsi, il est possible de passer un contrat d'option après l'arrêté de lotissement avant même l'exécution des travaux d'équipement du lotissement.

231. Cette interprétation n'est pas encore consacrée par la Cour de cassation, mais elle est adoptée par les spécialistes et une réponse ministérielle existe en ce sens : un problème délicat se

2. Une caution bancaire remplace l'exigence et permet de vendre, mais encore faut-il l'obtenir...

posait, celui des versements de fonds à l'occasion de la signature de la promesse de vente. Le bénéficiaire risque d'être irrémédiablement lésé si la vente ne peut se faire par la faute du lotisseur et que celui-ci se trouve dans l'impossibilité de rembourser les fonds. La protection de l'acquéreur n'est plus assurée, et l'esprit des textes n'est plus respecté. La réponse ministérielle précise que le versement de fonds est néanmoins possible, mais l'éventuel acquéreur devra « se garantir personnellement contre la carence du lotisseur en assortissant sa promesse d'une condition suspensive ou résolutoire concernant la délivrance des certificats administratifs constatant l'exécution des travaux » et en consignait les fonds chez un notaire. Il faut ajouter également que la somme doit être assez faible pour laisser à l'acquéreur sa liberté d'option, (c'est le critère même de la promesse unilatérale)³.

232. B. *Dans le domaine particulier de la déclaration de command*, le contrat d'option permet de réduire les frais fiscaux sans pour cela tomber dans l'illégalité.

La déclaration de command est un mode particulier de représentation de l'acheteur. C'est un procédé utilisé surtout dans les ventes par adjudication, mais il peut l'être dans d'autres hypothèses, par exemple quand, d'une façon générale, il y a intérêt à ne pas révéler l'identité du véritable acheteur. Le commandé achète donc sans révéler le nom de son mandant, mais il indique sa qualité, il fait une déclaration de command⁴.

On définit généralement cette opération comme une « vente dans laquelle un acheteur apparent, le commandé, se réserve la faculté de désigner, dans un certain délai après la conclusion du contrat, le véritable acheteur, le command, faute de quoi il aura acheté pour son propre compte »⁵. Malgré cette double opération, il y a vente unique consentie par le vendeur au command et non pas deux ventes successives. Toutefois, le droit fiscal n'a pas entièrement suivi le droit civil, tout au moins lorsque l'immeuble (achevé depuis moins de 5 ans) est soumis à la T.V.A. D'après les règles fiscales en vigueur actuellement, il y a deux mutations successives avec double imposition. Cette règle est anormale, et l'administration admet quelques assouplissements⁶. Le contrat d'option permet d'éviter légalement cette double imposition. Pour cela, il faut inclure la déclaration de command dans le contrat d'option. La T.V.A. ne sera exigible qu'une fois, à la levée d'option. Ce procédé qui,

3. Question écrite de M. Ligot à M. le ministre de l'Aménagement du territoire : J.O. Débat A.N. 22 janvier 1974, p. 342 in Guide juridique et administratif des lotissements, Revue d'économie et de droit immobilier, n. 83-84, 1979.

4 et 5. MM. Mazeaud, Leçons de droit civil, 4^e éd. T. III par M. de Juglart, 2^e vol., n. 808.

6. Les droits d'enregistrement ne sont perçus qu'une fois, lors de l'exécution de la clause, à la condition que la déclaration de command soit faite devant notaire et notifiée dans les 24 heures à l'enregistrement qui perçoit seulement un droit fixe (ceci quand l'immeuble est construit depuis plus de 5 ans).

certaines, ne sera pas applicable dans les ventes par adjudication, peut rendre des services dans d'autres ventes.

Section II : LOCATIONS ASSORTIES DE PROMESSE DE VENTE.

233. Il faut tout d'abord préciser que les promesses de vente insérées dans des contrats de bail sont uniquement des contrats d'option et non des promesses synallagmatiques. Il faut donc obligatoirement que l'on puisse constater que le bénéficiaire a un choix véritable à la fin de la location.

Ces contrats sont utilisés par des vendeurs ou des fabricants à l'égard des particuliers non professionnels ou par des professionnels entre eux.

Dans l'un et l'autre cas, ils répondent à des objectifs précis.

A. Finalité des contrats de location avec promesse de vente.

234. 1) Ces contrats constituent une technique commerciale ou une technique de financement. Les vendeurs ou les fabricants qui s'adressent à des non professionnels voient dans la juxtaposition des contrats de location et d'option⁷ une technique commerciale.

En effet, cette opération présente des avantages appréciables pour le bénéficiaire et le bailleur.

Le vendeur-bailleur-promettant voit dans cette sorte de contrat un moyen d'attirer une catégorie supplémentaire d'acquéreurs. Le bénéficiaire a un double avantage. Grâce à la location, il a un droit d'usage sur le bien et peut en profiter sans avoir à réunir les fonds dès la conclusion du contrat. De plus, la promesse unilatérale lui laisse un choix final : s'il n'a pas réuni les capitaux nécessaires pour payer la soulte, ou s'il a épuisé les plaisirs de ce bien, il ne lèvera pas l'option.

Ce contrat est utilisé surtout en matière mobilière. La Régie Renault propose grâce à la D.I.A.C., organisme de crédit, un bail de 36 ou 48 mois avec option d'achat après la première année de location. D'autres concessionnaires d'automobiles procèdent de la même façon. (La firme Mercedes procède de même).

235. Dans le domaine immobilier, le système ne semblait pas avoir la faveur des constructeurs. En effet, avant la crise actuelle, les promoteurs se trouvant face à un marché fortement demandeur n'avaient aucune raison d'utiliser une technique qui retardait la vente. Ils n'employaient ce moyen que pour récupérer rapidement

7. Certains contrats de location mobilière sont suivis postérieurement d'une simple offre de vente⁸; ce ne sont pas de ces contrats dont il s'agit ici, mais d'un contrat de location juxtaposé à un contrat d'option que le bénéficiaire accepte (sans engagement d'acquiescer) en même temps que la location. On peut constater l'existence des deux contrats autonomes par faits.

les capitaux engagés et vendaient ainsi les « queues de programme ». On trouvait seulement un petit nombre de réalisations immobilières commercialisées par des locations avec promesse de vente ; elles étaient généralement destinées à des acquéreurs modestes. Ainsi, en 1977, la SIVEGI, 15 avenue de l'Opéra, procédait, sur un immeuble situé à Nanterre, à des locations s'étendant sur deux ans (pour ne pas perdre les avantages qu'elle avait en tant que constructeur⁸ à l'expiration desquels le locataire pouvait acheter son appartement)⁹.

236 La crise économique plus aiguë a quelque peu renversé la situation. Il faut, pour maintenir l'emploi, favoriser la construction, et, en conséquence faciliter l'accession à la propriété d'acquéreurs ne disposant pas de capitaux importants. Il s'agit de permettre à des personnes ayant des revenus moyens d'acheter leurs appartements. La location temporaire donne la possibilité de réunir le montant de l'apport personnel et de prendre possession de l'appartement à vendre. L'acheteur éventuel évitera un déménagement, pourra l'aménager, l'équiper en sachant qu'il pourra profiter des dépenses engagées.

La loi du 22 juin 1982 dite « Loi Quillot » avait fait peser une menace sur ces contrats dans lesquels la location s'étend sur trois ans maximum. Le projet de loi prévoyait, en effet, que le contrat était conclu pour une durée minimum de six ans (art. 4). L'accession à la propriété devant être favorisée, ces contrats ne sont plus menacés : la loi n'est pas applicable « aux locations consenties dans le cadre d'un contrat constituant un mode d'accession à la propriété » (art. 2 de la loi précitée).

237. En 1981, la Société « Logement et Patrimoine » construit des appartements qui sont également proposés en location assortie de promesse de vente. Elle conclut avec l'éventuel acquéreur un bail de trois ans. A l'entrée dans les lieux, celui-ci doit verser un dépôt de garantie équivalent à deux mois de loyer de base et une indemnité d'immobilisation égale à trois mois de loyer global (loyer + surloyer) minimum, car l'indemnité peut s'élever jusqu'à sept mois suivant les programmes choisis. Le surloyer représente une sorte d'épargne complémentaire qui constituera la part d'apport personnel au moment de l'acquisition.

Si le locataire renonce à la vente, les surloyers lui seront intégralement remboursés, tandis que l'indemnité d'immobilisation est

8. Un constructeur et un bailleur ont des statuts fiscaux très différents. Toutefois, pour ne pas pénaliser les constructeurs on leur permet de louer, sans perdre leurs avantages fiscaux, leurs appartements pour une durée limitée.

9. Le décret du 20 mars 1968 énonçait que les statuts des sociétés anonymes H.L.M. pouvaient prévoir que les appartements construits faisaient l'objet de « locations avec promesse de vente ». Ces contrats étaient très particuliers, notamment le bail était de très longue durée (V. Corinne Saint-Alary-Houin, L'accession à la propriété d'un logement avec jouissance préalable Act. jur. P.I. 1983, p. 9).

acquise à la Société venderesse, sauf si les crédits complémentaires indispensables qui ont été demandés ne sont pas accordés (application de la loi du 13 juillet 1979).

L'option peut être levée à tout moment pendant toute la durée de la validité de l'option et au plus tard un mois avant son expiration à condition de disposer d'un apport personnel de 20 % du prix de vente.

Une dizaine de programmes sont ainsi proposés par la « Boutique OCIL », 55 boulevard Malesherbes, en banlieue ou dans des quartiers considérés comme populaires. Ils permettent à des personnes qui peuvent payer environ 4 000 F de loyer mensuel et qui n'ont pas de capital d'emménager immédiatement dans un appartement de trois ou quatre pièces qu'ils pourront acquérir.

Si l'on suit avec attention le marché immobilier, l'on peut constater que le succès d'une telle formule paraît grandissant. Des réalisations luxueuses commencent à être proposées sous cette forme. Ainsi, un programme « Essai-propriété » a été monté à Cannes. Si l'appartement est acheté dans le délai d'un an après la signature du contrat, le prix de l'appartement est minoré de 8 %, s'il est acheté dans le délai de trois ans (délai maximum de la promesse de vente), le prix de l'appartement est majoré de 8 %. Le dépôt de garantie et les indemnités d'immobilisation sont pris en compte pour constituer l'apport personnel. Le constructeur fait valoir que pendant toute la durée de la promesse unilatérale, le bénéficiaire ne peut être soumis à l'impôt sur les grandes fortunes. Signalons également que des maisons individuelles de bon standing sont proposées selon cette formule en région parisienne.

Loin de tomber en désuétude, la location avec promesse de vente s'adapte à la crise économique ; elle concilie une politique de lutte contre le chômage et d'accession à la propriété des revenus moyens voire modestes.

238. 2) Des professionnels du financement ont vu dans la combinaison des contrats de bail et d'option le moyen de procéder à des opérations financières. C'est ainsi qu'est né le crédit-bail. Dans ce cas, le contrat d'option est considéré comme *une technique de financement*.

Le locataire-bénéficiaire conclut un tel contrat parce qu'il ne possède pas les fonds nécessaires à l'investissement envisagé, et le bailleur-promettant fait de ces conventions son activité habituelle et sa raison d'être. Le crédit-bail est régi par la loi du 2 juillet 1966, et il est soumis à une publicité organisée par le décret du 4 juillet 1972.

La société de crédit-bail est un fournisseur de fonds. Elle achète le matériel conformément au désir du client et le lui redonne en location. L'Ordonnance du 28 septembre 1967 a créé les SICOMI qui ont pour objet exclusif le financement et l'acquisition d'immeubles industriels et commerciaux destinés à la location.

Le crédit-bail immobilier est utilisé pour des immeubles à usage industriel et commercial tandis que la location-vente (celle qui correspond à une location assortie de promesse de vente) est

réservée aux immeubles à usage d'habitation ou à usage mixte (professionnel et habitation). Le contrat d'option a été joint au contrat de location à *seule fin de réaliser une opération commerciale ou une technique de financement, et ce*, bien que le contrat de crédit-bail soit considéré comme un contrat spécifique et régi par des dispositions législatives particulières. En effet, lorsque se pose la question de la nature juridique du crédit-bail¹⁰, on s'accorde à dire que ce contrat doit obligatoirement comporter dans ses éléments de formation une clause proposant une triple option, au bout d'un temps déterminé : à une certaine date, l'emprunteur peut, soit résilier le bail, soit le renouveler, soit enfin acquérir le bien en payant une soulte. On retrouve donc dans cette institution tous les éléments constitutifs d'un bail et ceux d'un contrat d'option.

La juxtaposition ou l'intégration d'un contrat d'option dans une autre technique telle que le bail ont-elles une influence sur le régime de la nouvelle convention ? Si l'on retrouve dans celle-ci tous les éléments constitutifs des deux contrats, on devrait respecter intégralement le régime de ceux-ci sauf dans le cas où l'on observerait une incompatibilité irrémédiable.

B. L'intégration du contrat d'option dans un contrat de location peut-elle entraîner un régime juridique différent ?

239. La juxtaposition ou la combinaison d'un contrat de location et d'un contrat de promesse unilatérale donne naissance à une nouvelle convention destinée à atteindre des objectifs spécifiques. Dans le cadre d'une certaine politique, le législateur peut être amené à soumettre ce nouveau contrat à un régime différent de celui auquel ces techniques sont soumises habituellement. Ces mesures impératives cherchent un résultat, par exemple la protection de certaines personnes présumées vulnérables, mais elles ne sont pas la conséquence de la juxtaposition de deux contrats spéciaux. Toutefois, dans des cas très exceptionnels, la jurisprudence peut voir une incompatibilité entre deux régimes et décider du régime approprié.

240. I. *Le législateur*, dans les lois des 10 janvier 1978 et 13 juillet 1979, relatives à l'information et à la protection des consommateurs, soumet les locations assorties de promesse de vente à des exigences particulières.

La loi du 10 janvier 1978 est destinée à protéger les consommateurs dans le domaine du crédit mobilier. Selon les termes même de la loi en son article 2 : « Elles (les dispositions de la loi) visent en particulier, les prêts d'argent, les contrats de location-vente ou de locations avec promesse de vente... ».

Le législateur a pris en considération la finalité de ces conven-

10. Crédit-bail mobilier : Cass. com. 4 juill. 1972 : Bull. civ IV n. 213 ; crédit-bail immobilier : Cass. civ. III 10 juin 1980 : D. 80, 566, note Y. Guyon.

tions destinées à faciliter la vente d'un bien de consommation, et a estimé qu'en tant que non professionnel, celui qui conclut une telle convention doit être protégé et informé de ce qu'il va faire.

En conséquence, elle exclut les opérations de crédit-bail du champ d'application de la loi, d'une part, parce que les deux contractants sont des professionnels (et par hypothèse avertis), et d'autre part, parce que la publicité exigée par le décret de 1972 pour le crédit-bail implique l'information préalable du signataire¹¹.

La loi du 13 juillet 1979 est destinée à protéger le consommateur dans le domaine immobilier. Elle est la « sœur jumelle » de la loi du 10 janvier 1978 (c'est ainsi qu'on l'appelle souvent). Cette disposition législative s'applique à diverses opérations qu'elle énumère, et l'article 22 ajoute à cette liste deux contrats : la location-vente et la location assortie d'une promesse de vente. Sont expressément exclus de ce texte les contrats de crédit-bail immobilier puisqu'il ne s'applique qu'aux prêts consentis pour des immeubles d'habitation ou à usage mixte¹².

241. En vertu de ce texte, le preneur est informé parce que le bailleur est soumis à des obligations impératives. Celui-ci doit faire une offre de prêt obligatoirement maintenue pendant un mois. Cette offre doit contenir, en plus des mentions communes, des mentions particulières consécutives au contrat d'option adjoint à la location. Il faut que le preneur sache exactement quelle fraction des sommes versées sont affectées à la location et à la future vente et quelle sera la valeur résiduelle du bien. L'offre doit contenir également les conditions et le coût de la non-réalisation de la vente.

En résumé, la décomposition des sommes versées ou à verser permettront au consommateur de connaître le coût exact du contrat de location, d'une part, et de la promesse de vente, d'autre part. Il saura le montant exact de l'indemnité d'immobilisation qu'il devra verser s'il renonce à acquérir.

Un des commentateurs de la loi regrette que « les contrats de location-vente et de location assortie de promesse de vente aient été réglementés « à l'occasion » d'une loi sur le crédit et pas d'une « façon autonome »¹³. C'est simplement la conséquence de la croissance de leur utilisation en rapport direct avec l'accueil favorable qu'ils trouvent auprès d'un large public. Ces exigences prévues par la loi de 1979 sont également applicables dans un contrat d'option à titre principal ; une seule différence dans la régime et elle s'explique : le contrat de location avec promesse de vente échappe à

11. La loi n'exclut pas d'une manière expresse ces opérations mais décide que l'emprunteur mobilier ne doit pas effectuer ces emprunts pour les besoins de son activité professionnelle (art. 3).

12. Les contrats de crédit-bail concernent des immeubles à usage industriel et commercial. Les terrains sont également exclus de la loi.

13. Paul Lancereau : Les contrats de location-vente et de location assortie d'une promesse de vente et la loi du 13 juillet 1979, *Rev. dr. imm.* 1980, n. 1, p. 22.

la condition suspensive de l'article 17, parce qu'il produit effet immédiatement. On peut, d'ailleurs, critiquer cette solution légale dans la mesure où elle exige un délai supplémentaire alors que l'acquéreur a pu pendant la durée de la location s'informer sur les possibilités du crédit, constituer le dossier de prêt et obtenir le crédit dont il a besoin¹⁴.

242. II. *La jurisprudence* peut admettre que ces conventions formées de deux contrats autonomes soient soumises à un régime spécifique. Doit-on considérer cette solution comme normale ou doit-elle rester exceptionnelle ?

La jurisprudence établie dans le domaine des baux avec promesse de vente employés très fréquemment avant la deuxième guerre mondiale, décidait que la promesse de vente et la location étaient deux conventions essentiellement distinctes, même quand elles étaient constatées dans un instrument unique. L'indivisibilité ne devait résulter que de la volonté des parties et devait être renouvelée en même temps que le contrat¹⁵. Cette jurisprudence est constante et se maintient encore aujourd'hui. Néanmoins, nous allons voir à la faveur d'un arrêt récent qu'une réglementation formaliste peut entraîner un régime différent. Nous essaierons d'en tirer des conclusions.

243. Voici les faits dont a eu à connaître la Cour de Bastia après le Tribunal de commerce de cette même ville : un contrat de lease-back¹⁶ avait été passé entre une société hôtelière et une société Prétabail-Sicomi afin de pouvoir financer l'agrandissement et l'équipement de l'hôtel. Une promesse unilatérale de vente était insérée dans cette convention qui avait été faite sous seing privé le 9 juillet 1973, et réitérée par acte authentique le 29 août 1973, soit plus d'un mois et demi après¹⁷.

L'emprunteur ne paie pas ses loyers, la Sicomi les lui réclame, mais parallèlement le preneur assigne la société pour voir prononcer la nullité de la promesse pour défaut d'enregistrement en application de l'article 1840 A du C.G.I. Il fait valoir que la promesse ayant été faite sous seing privé, elle aurait dû faire l'objet d'un enregistrement dans les dix jours.

La Cour d'appel de Bastia confirme le jugement du Tribunal de commerce, et refuse de prononcer la nullité.

Nous soulignerons encore une fois que trop souvent ce moyen

14. M. Dagot : J.C.P., I, 2973.

15. Paris. 21 juin 1927 D, Gaz. Pal. 1927, 2, 522 : Cass. req. 26 oct. 1927 : Gaz. Pal. 1928, 1, 180 - Cass. civ. 13 nov. 1929 : Gaz. Pal. 1929, 2, 930^e ; D. 1929, 1, 131 - Cass. com. 24 juin 1969 : Bull. cass. 1969, 4, 227.

16. « La convention dénommée "lease-back" est l'opération par laquelle une société de crédit-bail achète à une entreprise un investissement déjà réalisé et le lui donne aussitôt à bail en vertu d'un contrat de crédit-bail » (Dictionnaire de l'enregistrement, n. 1455 ter - V. égal E.M. Bey : J.C.P. 1973, éd. N, I, 2549).

17. Bastia, 19 juillet 1979 : Droit fiscal 1980, 16, n. 920. J.C.P. 1980, II, 19377, note C. David.

est utilisé par les débiteurs de mauvaise foi pour se soustraire à leurs obligations. Les magistrats, soucieux de la solution équitable, se sentent poussés à restreindre au maximum l'application de la loi de 1963.

Cet arrêt relève expressément cette mauvaise foi et l'on se sent autorisé à penser que la solution adoptée n'est, en partie, pas étrangère à leur souci d'équité. En effet, la Cour d'appel se sert habilement des circonstances de la cause en relevant qu'en réalité la promesse n'était pas une promesse unilatérale, mais bien une promesse synallagmatique, de telle sorte qu'il n'est pas possible de savoir si elle aurait jugé de la même façon si la promesse conclue avait été réellement une promesse unilatérale.

244. La Cour de Bastia repousse donc la demande en nullité pour deux raisons :

a) elle estime que le contrat de lease-back est un contrat spécifique, donc dérogoire au droit commun ; en conséquence, l'article 1840 A du Code général des impôts ne peut recevoir application, seule la loi du 2 juillet 1966 est applicable et celle-ci « n'impose aux parties aucun délai particulier pour l'enregistrement ou pour la régularisation authentique de leurs conventions ». C'est un argument de poids qui suffisait à fonder sa décision. Néanmoins, les juges, voulant éviter à tout prix la censure éventuelle de la Cour suprême ont fait appel à un second argument ;

b) le rachat des biens immobiliers pouvant avoir lieu pour le prix symbolique de 1 F, l'on se trouve alors, non plus devant une option, mais devant une véritable promesse bilatérale. Or l'article 1840 A du C.G.I. ne s'applique pas à ces promesses¹⁸.

M.C. David, auteur de la note citée en référence¹⁹, se déclare partisan de conserver à chacun des éléments du contrat sa nature propre, malgré les réserves que l'on pourrait faire dans le cas présent²⁰. Le contrat de lease-back comprend trois éléments indivisibles, selon le désir des parties, l'achat du bien par la société de crédit-bail, la location du bien à l'emprunteur, et, enfin, la promesse unilatérale de vente. Chacun des trois éléments doit obéir à sa propre réglementation avec deux réserves, dans le cas où les réglementations sont incompatibles entre elles, et dans celui où la réglementation est incompatible avec le but poursuivi par le lease-back.

18. On peut, dans ce cas, se poser la question de savoir s'il s'agit d'un véritable crédit-bail. En effet, une grande partie de la doctrine analyse la « triple option » comme une véritable promesse de vente comportant donc une véritable liberté de choix. (Note G. Parleani sous 30 nov. 1976 : D.S. 1978, 303).

19. J.C.P. 1980, éd. C.I., 13260 ; J.C.P. 1980, éd. G., II, 19377.

20. En effet, la loi de 1953 (art. 1840 A) est destinée à éviter la dissimulation des promesses unilatérales de vente, alors que le crédit-bail, ainsi que le relèvent les conseillers de Bastia « loin d'inspirer la défiance du législateur bénéficie de dispositions fiscales de faveur ». L'application de l'article 1840 s'avère donc inutile en ce cas.

245. Cette décision appelle quelques observations générales :

a) ces contrats créés par nécessité commerciale sont le produit de l'autonomie de la volonté. Les techniques de la location et de la promesse de vente ont été rapprochés dans le seul espoir d'atteindre un résultat précis, et le désir des contractants est de profiter des avantages de ces deux techniques. Il faut donc respecter les éléments de base et leur régime. Ainsi la stipulation pour autrui a été intégrée au contrat de transport et a gardé son mécanisme et ses règles fondamentales.

« Une technique, si abstraite soit-elle, recèle toujours une finalité virtuelle qui, précisément, est la conséquence du fait qu'elle a été créée en vue de produire un résultat nettement déterminé »²¹. Si l'on intègre une promesse unilatérale dans une convention, c'est dans le but de conserver à l'une des parties au contrat une option, une liberté de choix, un « pouvoir ». Il faut donc conserver à cet élément sa nature, et, en règle générale, son régime.

b) cette préoccupation a bien été celle du législateur de 1966 en matière de crédit-bail, nous pouvons le constater à la lecture de la loi. En effet, l'article 1^{er} de cette disposition décompose le contrat en ses différents éléments : l'article 1^{er} en son 1^o définit le crédit-bail mobilier comme une opération de location « qui donne au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, et en son 2^o définit le crédit-bail immobilier comme une opération de location de biens immobiliers qui permet au locataire de devenir propriétaire par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente. Le contrat, bien que spécifique garde ses éléments distincts.

c) l'article 10 du décret du 4 juillet 1972, relatif à la publicité des opérations de crédit-bail en matière immobilière nous fournit un argument supplémentaire. Ce texte est rédigé en ces termes : « les contrats visés à l'article 1^{er} (2^o) de la loi précitée du 2 juillet 1966 sont, selon les dispositions qu'ils comportent, soumis ou admis à la publicité dans le bureau des hypothèques suivant les modalités fixées pour les contrats de même nature régis par les articles 28 et 37 du décret susvisé du 4 janvier 1955 ». Le texte soumet toutes les dispositions à une publicité, mais c'est la nature de la disposition qui décidera de la publicité applicable et de l'effet juridique qu'elle entraîne. C'est de cette manière que MM. Mazeaud et Chabas interprètent la loi : « Le décret n° 665 du 4 juillet 1972 a spécialement prévu, en se référant à l'article 37 du décret du 4 janvier 1955 la publicité facultative des promesses de vente qui, dans les contrats de crédit-bail sont faites au profit de l'utilisateur »²².

Le législateur a donc prévu qu'un contrat formé d'éléments

21. Roger Perrot, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques, thèse Paris 1947, p. 15.

22. MM. H. et L. Mazeaud, 5^e éd. par F. Chabas, 1^{er} vol., Sûretés et Publicité foncière, n. 664.

Egalement H. Bulte, chronique hypothécaire, J.C.P. 1972, éd. N., Prat. 5352.

spécifiques peut et doit conserver à ces éléments leur nature propre.

246. Si nous appliquons ces arguments au domaine particulier de l'enregistrement des contrats d'option, nous devons affirmer que s'ils sont passés sous seing privé, ils doivent obligatoirement être enregistrés sous peine de nullité en vertu de l'article 1840 A du C.G.I. *Et cependant, une distinction peut être faite entre les règles qui sont inhérentes à la nature de la technique envisagée, et la réglementation imposée par une nécessité qui n'existe plus dans le nouveau contrat.* Ainsi, la loi du 19 décembre 1963 est seulement destinée à éviter la dissimulation du prix des promesses ou des cessions de promesses. Or, *le crédit-bail bénéficie de dispositions fiscales de faveur, et, à ce titre, il ne semble pas concerné par cette loi.* C'est ce que relève la Cour de Bastia et qu'approuve le commentateur de l'arrêt. Doit-on aller plus loin dans cette voie et ne pas tenir compte, en ce qui concerne le régime applicable, du fait qu'il y a juxtaposition de deux contrats autonomes ? Ce n'est pas souhaitable, sauf si la réglementation de l'un et de l'autre ne peut être simultanément appliquée. Un exemple très récent nous est fourni par un arrêt du 10 juin 1980 qui refuse l'application des dispositions sur les biens commerciaux à un contrat de crédit-bail immobilier²³. Le moyen du pourvoi avait fait valoir que jusqu'au moment de la levée de l'option les parties se trouvent simplement dans les liens d'une simple location à usage commercial à laquelle est adjointe une promesse unilatérale de vente, et que, tant que la vente n'est pas conclue, l'ensemble des règles d'ordre public du statut des baux commerciaux s'appliquent, notamment celles relatives à la révision du loyer. Le pourvoi fut rejeté en ces termes : « si la convention de crédit-bail immobilier peut faire appel à des éléments empruntés à d'autres contrats, elle constitue une institution juridique particulière tendant essentiellement à l'acquisition de la propriété. » En effet, nous avons dit que le contrat de crédit-bail comprend dans ses éléments légaux obligatoires une promesse unilatérale de vente. Celle-ci implique que les loyers soient augmentés de manière à inclure le prix de cette promesse de vente. Les dispositions concernant la révision des loyers est, de ce fait, inapplicable dans cette convention particulière. Cette décision ne contredit donc pas notre analyse mais la conforte.

247. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Bastia²⁴ en affirmant que « le contrat de crédit-bail immobilier est un contrat d'une nature complexe, dans lequel la promesse de vente ne constitue qu'un élément d'une technique juridique permettant aux parties de réaliser une opération

23. Cass. civ. III, 10 juin 1980 : Bull. civ. n. 114, p. 85. Aucune révision du prix du « loyer » ne peut être demandée sur le fondement de l'art. 28 du décret du 30 sept. 1953.

24. Cass. civ. III, 3 nov. 1981 : Rev. Loyers 1982, 75, observ. J.V.

globale... (qui) échappe par essence aux dispositions de l'article 1840-A du code général des impôts ». Il faut remarquer que la Cour suprême, d'une part ne reprend pas la qualification de promesse synallagmatique alors que le contrat faisant l'objet du litige ne contenait pas d'option puisque le rachat pouvait avoir lieu pour la somme de 1 F²⁵ et ne pouvait donc être considéré comme une promesse unilatérale²⁶; elle préfère admettre implicitement l'existence d'un crédit-bail régulier et poser un principe applicable en ce domaine: le contrat de crédit-bail immobilier échappe aux exigences de l'article 1840-A. Cet arrêt ne change pas notre opinion en ce qui concerne l'application du texte précité — nous avons expliqué pourquoi²⁷ —, mais il apparaît indispensable de retrouver dans le crédit-bail les éléments essentiels du contrat de location et du contrat de promesse unilatérale avec l'option véritable. Le 22 avril 1981, la 1^{re} Chambre de la Cour de Lyon²⁸ avait adopté la même solution que la III^e chambre en s'appuyant sur des arguments qui nous paraissent tout à fait contestables, tout au moins en ce qui concerne les promesses unilatérales. Elle avait distingué les promesses unilatérales « constituant des conventions autonomes ne mettant à la charge du bénéficiaire aucune contrepartie » et le contrat de crédit-bail qui contient une promesse de vente qui « même qualifiée d'unilatérale est comprise dans un ensemble complexe de relations réciproques où l'option d'achat du preneur est indissolublement liée à un ensemble d'obligations contractées par l'un et par l'autre, avec notamment le versement de préloyers qui comprennent pour une part le paiement échelonnés du prix de l'immeuble ».

L'application de l'article 1840-A n'est pas indispensable au crédit-bail, mais cette différence de régime n'empêche pas que celui-ci est constitué fondamentalement par les éléments constitutifs des deux contrats de bail et de promesse unilatérale de vente. Elle tient, nous l'avons souligné, soit à une incompatibilité entre le régime des deux contrats juxtaposés, soit, comme c'est le cas ici, à la dispense ou à l'inutilité d'une disposition applicable.

C'est pourquoi nous approuvons tout à fait M.E.M. Bey qui critique fermement l'arrêt en rappelant que l'option est un élément fondamental du crédit-bail immobilier et que l'on ne peut assimiler celle-ci à tout autre contrat par exemple une promesse synallagmatique, sans pour cela en tirer comme conséquence l'enregistrement nécessaire, comme le fait cet auteur^{28bis}.

Dans toutes les conventions, formalistes ou non, qui constituent une promesse unilatérale de vente, on doit retrouver une véritable option. Le formalisme qui atteint ces techniques ne doit en aucun cas entamer ou tronquer cet élément essentiel.

25. V. n. 244, note 18.

26. Le crédit-bail suppose une véritable option, la jurisprudence interprète les textes en ce sens.

27. n. 246.

28. Sté Prétail Sicomi c/S.A. Socome et autres.

28 bis Note sous Cass. III, 3 juin 1982 : Gaz Pal. 17 fév. 1983, jurispr. p. 8.

Section III : DANGER DU FORMALISME. L'OPTION, ELEMENT ESSENTIEL DU CONTRAT EST-ELLE RESPECTEE ?

248. Les contrats d'option sont des actes destinés à permettre l'acquisition de la propriété. Ils sont utilisés dans ce but à titre principal ou juxtaposés à un contrat de location. Dans tous les cas, c'est la manifestation de la volonté du seul bénéficiaire qui rend la vente parfaite ; c'est pour cette raison que les lois relatives à la protection de l'emprunteur s'étendent à la promesse de vente, quelle que soit sa forme.

C'est ainsi que la loi du 10 janvier 1978 relative au crédit mobilier vise... « les contrats de location-vente ou de location assortie d'une promesse de vente... ». Elle s'applique aux opérations de crédit supérieures à trois mois qui sont consenties à titre habituel par des personnes physiques et morales. « Aucun engagement ne peut être valablement contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté l'offre préalable du prêteur » (art. 11). De même, la loi du 13 juillet 1979 (art. 17) soumet la promesse de vente acceptée à une condition suspensive semblable. Cette clause doit être insérée dans la promesse elle-même. En cas de location avec promesse de vente, le locataire dispose de la durée de la location pour effectuer son choix, tandis que lorsque le contrat est conclu à titre principal (sans location), les difficultés d'application de la loi sont plus aiguës. Ce texte exclut de son champ les immeubles à usage commercial ou exclusivement professionnel et l'achat des terrains destinés à ces immeubles. Il exclut également les prêts privés et ceux destinés à financer une activité professionnelle.

L'équilibre contractuel du contrat qui s'effectue au moyen de la contrepartie que le bénéficiaire donne au promettant pour payer le prix de l'option est-il totalement respecté ?

249. On a pu se demander, tout d'abord, si les promesses unilatérales étaient bien visées par le texte ; selon l'article 16, il s'applique « à l'acte écrit, y compris la promesse unilatérale de vente acceptée ». Que fallait-il entendre par « acceptée » ? Voulait-on viser les promesses acceptées en tant que telles, ou celles dont l'option était levée ? L'interprétation pouvait aller de soi si l'on prenait comme référence la loi de 1963 (art. 1840 A du C.G.I.) : l'acceptation est celle du contrat d'option et non celle de la vente, mais le législateur n'étant plus le même, la référence n'était pas forcément exacte. Et ce, d'autant plus que les travaux préparatoires de la loi laissaient place au doute, le projet initial, visant la levée d'option comme seuil de protection²⁹. En revanche, l'esprit de la loi impliquait l'interprétation la plus large, puisque le bénéficiaire est un profane qui doit être protégé des autres et de lui-même. Il faut donc considérer, sur ce point les spécialistes sont unanimes à

29. J.C.P. 1980, 1, 2973, par M. Dagot.

l'heure actuelle, que la loi du 13 juillet 1979 inclut dans son champ d'application les contrats d'option de vente³⁰.

Cette loi, applicable aux contrats d'option n'est pas sans inconvénient pour ceux-ci. En effet, ce contrat suppose, de la volonté même des parties, un équilibre réalisé par le droit d'option. En effet, l'option n'est pas seulement un pouvoir détenu par le bénéficiaire, elle est également un avantage monnayable dont dispose le promettant. Le contrat n'est équilibré et réalise la volonté commune des parties que dans la mesure où ce double aspect peut être respecté. Or, il semble, au contraire, que la nouvelle loi le met en péril. D'une manière générale les lois récentes relatives à la protection de l'emprunteur dénotent, chez le législateur, le désir de privilégier la protection d'une des parties au détriment de la liberté qui s'attache traditionnellement au contenu du contrat, du moins dans le domaine d'application qui est le sien : sont exclus les prêts consentis pour financer une activité professionnelle.

250. Dans le domaine que la loi délimite, nous allons pouvoir constater que le mécanisme de l'application des différents articles, non seulement restreint la liberté contractuelle, mais encore entrave l'exercice de l'option qui est l'élément essentiel du contrat.

Dès que le bénéficiaire a prévenu le promettant qu'il va faire appel à un emprunteur, une condition suspensive doit obligatoirement être insérée dans la convention. On voit déjà poindre un déséquilibre possible qui doit être rétabli dès la formation du contrat d'option. Il faut éviter le caractère potestatif de la condition, et la possibilité pour le bénéficiaire de se dégager, sans frais, d'une promesse unilatérale qu'il regrette d'avoir acceptée. Pratiquement, il est donc souhaitable, pour le promettant, de faire consigner une indemnité d'immobilisation, et d'insérer dans le contrat une clause qui prévoit que « le prêt sera réputé obtenu dès que l'offre (de prêt) aura été remise au bénéficiaire ou reçue par lui, et de soumettre le remboursement de l'indemnité d'immobilisation à l'obligation pour lui, de justifier à la fois de la demande de prêt et du refus qui lui a été opposé par la ou les banques qu'il aura sollicitées le tout dans le délai prévu par cette condition »³¹. Peut-on considérer que le bénéficiaire emprunteur qui effectue les demandes auprès des organismes financiers ou cherche des garanties est encore totalement libre de sa décision finale ?

251. D'autre part, le jeu des délais imposés par la loi empêche le promettant de stipuler le délai qu'il désire. En effet, il doit tenir compte de délais impérativement exigés. La condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de la date de la signature pour un acte authentique ou de la date de l'enregistrement pour un acte sous seing privé (art. 17). Le contrat d'option

30. D'ailleurs l'article 17 prévoit que la condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de l'enregistrement s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, ce qui s'applique évidemment aux contrats d'option.

31. M^e P. Delommez, Gaz. Pal. 2-4 nov. 1980.

de vente ne pourra véritablement recevoir exécution au minimum qu'à partir du deuxième mois à compter des dates précitées. A ce moment, deux solutions sont envisageables : ou bien le bénéficiaire emprunteur a reçu une offre de prêt et l'a notifiée au prêteur, ou bien il ne l'a pas reçu. Les établissements financiers prêteurs sont tenus de formuler par écrit leur offre et l'adressent à l'emprunteur contre récépissé (art. 5). Si le bénéficiaire n'a pas notifié l'offre au promettant dans le délai stipulé dans le contrat de promesse unilatérale, ce dernier est libéré puisque la condition ne s'est pas réalisée. Peu importe que l'offre n'ait pas été encore effectuée ou qu'elle n'ait pas été demandée³². Si le bénéficiaire a reçu une offre de vente et l'a notifiée pendant le délai prévu pour la réalisation de la condition suspensive, le contrat produit alors tous ses effets depuis sa conclusion. Le bénéficiaire peut exercer son droit d'option. Ce choix ne sera tout de même pas tout à fait libre puisque la loi de 1979 lui impose un délai de dix jours minimum de réflexion avant de pouvoir accepter l'offre qui lui a été faite (art. 7) et que le prêteur n'est tenu de maintenir ses conditions que pendant la durée d'un mois (art. 7). En outre, l'offre de prêt est toujours acceptée sous condition résolutoire de la non-conclusion du contrat de vente dans un délai de quatre mois, ce qui enserme le contrat d'option dans des limites contraignantes. Il est essentiel pour ce contrat de savoir exactement en quoi consiste la condition suspensive.

252. Que faut-il entendre par « obtention du prêt » exigé par l'article 17 ?

Il y a trois interprétations possibles. On peut considérer que le prêt est obtenu :

- a) dès que l'emprunteur a signé l'accusé de réception envoyé par l'établissement financier faisant l'offre de prêt ;
- b) dès que l'offre est acceptée par l'emprunteur (c'est-à-dire au moins dix jours après la réception de celle-ci) ;
- c) au moment du versement des fonds.

Ces interprétations ne sont pas toutes les trois compatibles avec une véritable option. Seule la première laisse une certaine liberté à l'acheteur éventuel et lui permet d'exercer un choix. En effet, si l'acheteur éventuel accepte son prêt (b) et (c), il s'engage déjà dans le processus de la vente définitive. La condition résolutoire de l'article 9 n'est pas intéressante dans ce cas, car, vraisemblablement, certains frais auront commencé à courir. Il faut donc en rester au stade de la réception de l'offre sans acceptation ferme

32. M^e Peisse, Gaz. Pal. 1980, 2-4 nov. 1980.

La Cour de cassation a confirmé que la convention soumettant un achat à la condition suspensive de l'obtention d'un prêt n'a pas un caractère purement potestatif (Cass. com. 22 nov. 1976 : J.C.P. 1976, II, 193 ; G. Goubeaux Defrénois 1978, art. 31788, n. 43, p. 100). La stipulation d'un délai pour la demande du prêt enlève tout caractère potestatif.

respecté déjà à ce stade³³. La loi du 13 juillet est destinée non seulement à informer le consommateur, mais également à le protéger des engagements qu'il ne pourrait tenir. Or, dès qu'il a en sa possession l'offre d'un organisme financier, la condition est censée être réalisée puisqu'il lui sera possible de financer l'opération, et il lui est encore possible d'exercer un choix valable puisqu'il n'aura pas accepté définitivement le prêt. Il aura toutes les données du problème.

Toutefois, certains formulaires sont assez ambigus :

« Le ou les prêts seront considérés comme obtenus au moyen de l'*acceptation* des offres de prêts dans les conditions de la loi du 13 juillet 1979... »³⁴. Nous avons dit pourquoi, à notre avis, cette formule n'est pas adéquate.

253. Il apparaît cependant que, quelle que soit l'analyse que l'on fait de la situation créée par le contrat éventuel de prêt, la liberté des parties est altérée, et l'option s'en ressent gravement. Dans ce domaine, le formalisme enlève au contrat sa souplesse d'utilisation. Le bénéficiaire, un particulier par hypothèse, hésitera à signer un contrat d'option puisque les démarches difficiles qu'il doit effectuer l'incitent à ne les faire qu'à partir du moment où il est certain de sa décision finale. Le promettant, pour sa part, doit être particulièrement vigilant avant d'immobiliser son bien, cette condition suspensive pouvant lui interdire de recevoir une indemnité d'immobilisation.

En effet, l'article 17 prévoit que, si la condition n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur « est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit ». Comme cette condition ne peut pas être inférieure à un mois à compter de l'enregistrement de la promesse, le vendeur risque fort de se retrouver privé d'une quelconque indemnité³⁵. On peut également se demander dans quelle mesure, cette modalité ne fera pas diminuer le nombre des contrats d'option dans ce domaine, car les simples particuliers n'aiment pas multiplier les formalités et accumuler les difficultés.

M. Larroumet, plus radical, prévoit que les restitutions auxquelles oblige l'article 17 § 2 pourrait bien être l'arrêt de mort de bon nombre de promesses de vente avec indemnité d'immobilisation »³⁶.

33. Le Conseil supérieur du Notariat a proposé de retenir la réception de l'offre de prêt par l'acquéreur. Circulaire C.S.N., n. 1220 du 7 nov. 1980, n. 4, Journ. Not. 1980, art. 55692, p. 1100.

34. La promesse unilatérale de vente d'immeuble. Formules pour la confection automatique des actes par Jean-Marie Bez : J.C.P. 1981, éd. N, p. 205 et s.

35. Si l'acquéreur ne fait pas diligence pour obtenir le prêt (par exemple en ne proposant pas à la banque des garanties suffisantes ou en proposant des garanties qu'il sait insuffisantes) il peut se dégager de ses obligations sans indemnité et sans que le vendeur puisse se défendre.

36. Ch. Larroumet, Paris, 19 mars. 1981 : D.S. 1981, inf. rap. 443, note.

Si d'aucuns ont soutenu que ces lois nouvelles visaient à la garantie de la liberté par des moyens non traditionnels, c'est dans le cas où le vendeur avait tendance à abuser d'une situation de force, mais il peut y avoir, au contraire entrave réelle à la liberté si le vendeur ne cherche qu'à recevoir une juste rémunération de l'immobilisation temporaire de son bien.

Conclusion

254. Le contrat d'option a sa place parmi les contrats spéciaux puisqu'il a sa finalité propre. Il est d'une utilité évidente, tant dans le domaine commercial que purement privé, et en dehors de toute fraude ou usage abusif.

Joint à un autre contrat, tel celui de location, c'est une technique qui peut atteindre des résultats spécifiques : atteindre une nouvelle clientèle ou réaliser un financement... Loin de se fondre dans la nouvelle convention née de la jonction des contrats, elle garde sa nature propre, même si son régime doit subir certaines modifications imposées par l'incompatibilité des réglementations de l'un et de l'autre.

L'élément essentiel du contrat d'option, c'est l'option, c'est-à-dire le pouvoir, la possibilité de modifier la situation juridique créée dont le promettant tire un avantage financier.

La volonté commune des parties n'est respectée que dans la mesure où ce double aspect existe réellement dans le contrat. Le bénéficiaire doit pouvoir exercer pleinement le droit qu'il a acquis, tandis que le promettant doit retirer de la promesse un avantage équivalent à celui qu'il a consenti. Cela suppose que les parties disposent d'une liberté contractuelle véritable. Or, le législateur, en visant les promesses dans les lois récentes destinées à protéger le consommateur, a, bien entendu, reconnu la spécificité du contrat, mais a également atteint l'équilibre contractuel de ce contrat. Le formalisme a enlevé une certaine souplesse à cette convention. Pour rétablir l'équilibre, les parties sont contraintes de multiplier les clauses, sinon l'existence de l'option est compromise.

Le formalisme présente un réel danger pour le contrat d'option, néanmoins, il fait perdre peu à peu à celui-ci la mauvaise réputation qu'il avait tant auprès de la jurisprudence qu'auprès (surtout) de l'administration. On a vu qu'il pouvait même s'accompagner de certaines mesures fiscales, en matière de crédit-bail.

Le contrat d'option n'est pas seulement un contrat qui a ses éléments propres, c'est également un contrat original.

SOUS-TITRE II

LE CONTRAT D'OPTION EST UN CONTRAT ORIGINAL

255. Le contrat d'option n'est pas la seule convention conclue avant un contrat de vente et destinée à le préparer. Le pacte de préférence et le contrat préliminaire aux ventes d'immeubles à construire ont un objectif semblable. C'est pourquoi on a maintes fois tenté de rapprocher ces institutions.

Ce qui est très significatif, c'est que le rapprochement se fait toujours dans le même sens : on rapproche l'institution considérée de la promesse de vente. Ainsi, le pacte de préférence ne serait qu'une promesse de vente conditionnelle, et afin d'offrir au réservataire d'immeubles à construire un statut plus protecteur, le contrat préliminaire devrait être assimilé à une promesse unilatérale de vente.

C'est dire toute l'autonomie et l'originalité du contrat d'option. Il constitue, en effet, le seul véritable contrat spécial précédant la vente répondant aux résultats recherchés.

Le pacte de préférence n'est pas appelé au même développement que le contrat d'option, car il n'a d'utilité que dans des domaines très réduits. Les différences entre les deux institutions sont très importantes et surtout fondamentales.

Il en est de même pour le contrat préliminaire dont le domaine d'application est limité aux ventes d'immeubles à construire, dans le secteur protégé et qui a été organisé par la loi du 3 janvier 1967.

CHAPITRE I^{er}

LE CONTRAT D'OPTION EST DISTINCT DU PACTE DE PREFERENCE

256. « On appelle “pacte de préférence” une promesse par laquelle un propriétaire s'engage non à vendre au bénéficiaire de la promesse s'il déclare vouloir acheter mais seulement, au cas où il se déciderait à mettre sa chose en vente, à la lui offrir et à lui donner la préférence s'il accepte de payer le prix offert par un tiers »¹.

Pacte de préférence et promesse unilatérale de vente ont toujours été rapprochés. Les mêmes biens peuvent faire l'objet de l'un ou de l'autre : biens meubles ou immeubles, fonds de commerce... Tandis que quelques auteurs ne les ont même pas distingués l'un de l'autre², la plupart des auteurs voient, dans le pacte de préférence, une promesse conditionnelle³.

M.P. Voirin estimant que l'offre d'un tiers est un élément spécifique du contrat qualifie le pacte de « promesse de préférence »⁴.

Les deux institutions ont en commun le fait qu'ils préparent un contrat de vente éventuel. Néanmoins, elles présentent des différences fondamentales que nous mettrons en relief en analysant les éléments du pacte de préférence et son régime.

Section I. NOTION DE L'INSTITUTION.

A. Promesse unilatérale et pacte de préférence présentent certaines ressemblances tant en ce qui concerne leurs sources que le droit qu'ils font naître.

a) Sources

258. Le Code civil ne connaît pas le pacte de préférence. C'est une émanation de la volonté autonome des contractants. Il s'est

1. Aubry et Rau, Droit civil français par Esmein, 1952, De la vente, § 349, p. 11.

2. Ch. Beudant, 2^e éd., La vente et le louage des choses par Brethe de la Gressaye, n. 320.

3. Planiol et Ripert par Hamel, 1956, t. X, p. 14.

Bugnet le comparait à une vente à réméré : H. Lalou : D. H. 1929, p. 4.

4. P. Voirin, Le pacte de préférence : J. C. P. 1954, I, 1192.

présenté, dès l'origine, sous la forme d'une clause accessoire à un contrat de bail. La jurisprudence a toujours reconnu à la clause de préférence la force obligatoire qu'elle reconnaît à toute clause non illicite d'un contrat⁵.

Le pacte de préférence s'est développé parallèlement au contrat d'option, mais son utilisation répond à des objectifs plus lointains dans le temps. On le trouve, notamment dans les contrats de sociétés ou dans des arrangements de famille.

Comme le contrat d'option, il a aussi sa source dans un accord de volontés ; c'est un contrat. La doctrine, est, en général, de cet avis : « on considère que le pacte de préférence est un contrat par lequel l'une des parties, le promettant, s'engage à choisir l'autre, le stipulant, comme acheteur pour le cas où elle désirerait vendre sa chose »⁶.

Toutefois, M. Voirin fait observer que le pacte de préférence a une source nécessairement volontaire mais pas nécessairement contractuelle puisqu'il peut être établi par volonté unilatérale, notamment par testament⁷. Il est, en effet, possible au testateur d'imposer à un légataire la charge d'offrir, dans le cas où il désirerait les vendre, les biens légués à ses cohéritiers. Par cette clause, les immeubles légués ne pourront être vendus à des tiers que si, à prix égal, les autres héritiers ont refusé de les acheter. C'est une charge imposée à un legs⁸.

259. Qui dit pacte dit accord de volontés. Il est donc généralement admis que le pacte est de nature contractuelle. Toutefois, le pacte de préférence est exclu du champ d'application de la loi de 1963 (art. 1840 A du C.G.I.) et, ainsi, l'acceptation n'est pas le centre des litiges ; d'autre part, comme il est très souvent l'accessoire d'un contrat principal, l'acceptation du contrat principal vaut acceptation de tout le contrat, clauses essentielles et accessoires.

C'est également parce qu'il est de nature contractuelle, qu'il faut refuser la qualification de pacte de préférence à certains droits de préemption légaux, tels que celui qui existe au profit du preneur à bail d'un bien rural ou celui de l'administration dans les communes de plus de 10 000 habitants.

5. Limoges, 5 juin 1899 : S. 1901, 2, 113.

6. E. Franck, note sous Cass. civ. III, 4 mars 1971 : D. 1971, 358.

7. P. Voirin, chronique précitée.

8. Signalons une décision de la Cour suprême qui parle d'engagement unilatéral de volonté. Néanmoins, c'est un arrêt de cassation dans lequel la Cour n'entérine manifeste pas les faits relevés par la Cour d'appel, mais ne les conteste pas non plus. Elle se contente de casser pour violation de l'article 1134, ce qui prouve qu'elle considère le pacte comme une convention. (Cass. civ. III, 19 juin 1970 : D. 1970, 729.)

Le droit de préférence peut être d'origine légale :

La loi Quilliot a institué un droit préférentiel au profit du locataire, qui a deux mois à dater du congé (valant offre de vente) pour faire connaître sa décision (art. 11). Si le bien est vendu à un prix plus avantageux que celui qui lui a été proposé, le locataire dispose d'un mois pour se substituer à l'acquéreur à compter de la notification du contrat de vente « faite à la diligence du notaire ».

b) *Droit né de ce contrat.*

260. Pacte de préférence et contrat d'option donnent naissance à un droit de créance mobilier⁹. Ils ne confèrent aucun droit réel au bénéficiaire. La violation du pacte de préférence est sanctionnée par des dommages-intérêts¹⁰.

Toutefois, nous avons vu que le droit né d'un pacte de préférence était nettement mieux protégé que le droit d'option, parce que la jurisprudence a décidé qu'il devait être qualifié de « restriction au droit de disposer ». Certains auteurs n'approuvent pas cette différence de nature, car il est certain que si ces deux contrats préparent tous deux une vente, « le travail d'approche est sensiblement plus poussé dans la promesse de vente que dans le pacte de préférence »¹¹. En outre, le droit né du pacte de préférence n'est qu'un droit conditionnel.

Il serait donc logique de faire bénéficier le droit d'option d'une protection au moins égale à celui né du pacte de préférence.

B. Ces ressemblances ne peuvent, toutefois, faire oublier que des différences fondamentales séparent ces deux institutions.

261. Ces différences sont essentielles. On qualifie couramment le pacte de préférence de « promesse conditionnelle de vente »¹². Cette affirmation laisse croire que lorsque le promettant aura trouvé un acheteur et notifié le prix au bénéficiaire du pacte, on se trouvera devant un véritable contrat d'option. On ne peut, à notre avis raisonner ainsi. D'une part, la comparaison doit s'effectuer au moment de la conclusion du contrat. Or, à ce moment, le contrat d'option contient un prix déterminé contractuellement ; le pacte de préférence ne contient aucun prix, et surtout, il n'est pas défini contractuellement, c'est le prix qu'un tiers a accepté.

D'autre part, l'économie de ces contrats s'ordonne sur des points opposés. L'économie du pacte de préférence s'ordonne autour de la notion de « préférence ». L'essentiel pour le bénéficiaire, c'est que le bien lui soit proposé en cas de vente. Il ne connaît aucune des conditions de la vente, il ne sait ni s'il pourra l'acquérir, ni même s'il sera toujours intéressé, mais il veut que ce bien lui soit proposé.

9. Planiol et Ripert par Hamel, *Traité pratique*, t. X, n. 184.

10. Req. 15 avril 1902 : D. P. 1903, 1, 38.

Les juges peuvent accorder la réparation qui leur paraît la plus adéquate et déclarer nulle la vente d'un bien consenti au mépris d'un pacte de préférence, et, en outre condamner les promettants à verser des dommages-intérêts au bénéficiaire. (Cass. civ. III, 15 mars 1978 : D. S. 1978, inf. rap. 478.)

11. P. Voirin, *chronique précitée*.

12. H. Lalou, D. H. 1929, p. 41.

262. En ce qui concerne le contrat d'option, l'économie s'ordonne autour de l'option. Le bénéficiaire a discuté et accepté toutes les modalités du contrat de vente éventuel. Celui-ci est entre ses mains et dépend uniquement de sa décision. Le délai du contrat, sa durée sont essentiels (le délai peut être déterminé ou indéterminé, ce qui est essentiel, c'est que l'option puisse s'exercer pendant un certain temps).

Ces différences empêchent de considérer le pacte de préférence comme une promesse de vente même conditionnelle. Le contrat d'option est destiné à des utilisations spécifiques auxquelles le pacte de préférence ne pourrait pas être appliqué.

263. a) *Le promettant doit vendre son bien.* Tandis que le contrat d'option peut être affecté ou non, selon la volonté des parties, d'un terme ou d'une condition, le pacte de préférence est obligatoirement soumis à la décision du propriétaire du bien. Celui-ci n'est tenu d'offrir la vente à son cocontractant que dans la mesure où il a trouvé un acquéreur.

Le droit né du pacte de préférence est un droit conditionnel, car le promettant n'est obligé d'offrir la vente au bénéficiaire que s'il veut vendre. C'est une différence notable avec le droit d'option qui est un droit actuel. Le droit né du pacte sera toujours un droit conditionnel car « l'élément condition est inhérent au pacte de préférence, il est de son essence même »¹³. Le bénéficiaire ne peut exercer aucun droit tant que le propriétaire ne vend pas ; l'obligation du promettant est suspendue jusqu'à ce que la condition se réalise. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler ce principe : le bénéficiaire est dans l'impossibilité absolue d'exercer les droits qu'il tient du pacte de préférence tant que le promettant ne lui a pas fait connaître sa décision¹⁴.

Le promettant n'étant pas tenu de vendre, on avait soutenu que la condition suspensive était une condition purement potestative. Cette thèse a été écartée au profit de la condition mixte¹⁵ (article 1171 du Code civil) puisqu'elle dépend à la fois de la volonté de celui qui s'oblige et de la volonté d'un tiers indéterminé. On peut également faire observer que l'obligation ne porte pas directement sur la vente, mais sur la « préférence » c'est-à-dire sur le fait de proposer la vente au cocontractant. Le promettant s'engage seulement à proposer la vente *dans le cas* où il vendrait bien.

264. L'obligation du promettant dans le contrat d'option est différente de l'obligation du promettant dans le pacte de préférence. Dans le contrat d'option, le promettant s'oblige à donner un « pouvoir » au bénéficiaire. Il donne par avance son consente-

13. P. Voirin, chronique précitée.

14. Cass. civ. 22 déc. 1959 : Gaz. Pal. 1960, 1, 251 ; Bull. cass. 1959, 1, 457 ; J. C. P. 1960, II, 494.

15. La qualification de la condition mixte est expressément conférée lorsque le tiers est indéterminé. J.-J. Taisne, La notion de condition dans les actes juridiques, p. 167.

ment au contrat de vente éventuel. Dans le pacte de préférence, l'obligation du propriétaire est également une obligation de faire, mais elle consiste à notifier au bénéficiaire son offre de vente et l'offre du tiers afin de permettre au bénéficiaire d'exercer son droit de préemption s'il le désire.

Dès que le promettant a fait l'offre au bénéficiaire, il a exécuté son obligation. Les modalités de la vente ne sont pas contractuelles : le prix est fixé par le tiers, le promettant fixe lui-même le délai pour opter, s'il le désire. Si aucun délai n'a été fixé pour opter, cette faculté peut être exercée « tant que cet exercice est encore utile, c'est-à-dire, tant que le projet de vente avec le tiers n'est pas devenu un contrat définitif »¹⁶. Si le délai était manifestement trop court, il pourrait y avoir abus de droit.

La durée du pacte de préférence — différente de la durée du délai d'option — peut être fixée par les parties, sinon elle est de trente ans, sauf si le pacte est l'accessoire d'un bail plus long¹⁷.

265. b) *Le prix n'est pas déterminé dans le pacte de préférence.* Le contrat d'option, pour être valable doit contenir un prix déterminé. Le prix du bien faisant l'objet du pacte de préférence a été proposé par un tiers ; c'est ce qui fait dire aux auteurs que le prix est la seconde condition suspensive de cette convention et que la préférence ne se conçoit qu'en présence de l'offre d'un tiers à mettre en balance¹⁸.

Néanmoins, il faut observer que, d'une part le prix n'est pas un élément essentiel au pacte puisqu'il est certain que le pacte ne comporte pas de prix. Il ne pourrait être qu'un élément essentiel à l'offre de vente. D'autre part, il paraît certain qu'en exécution d'un pacte, le promettant peut très bien offrir la vente au bénéficiaire avant toute autre proposition pour un prix qui lui convient, à condition toutefois qu'en cas de renonciation, il ne conclut pas la vente à un prix inférieur. Le bénéficiaire peut, en effet, non seulement exiger de son cocontractant la communication du prix proposé par un tiers, mais encore celle des conditions générales du contrat futur¹⁹.

La plupart des auteurs font état de l'offre du tiers comme un élément de détermination du prix²⁰.

Section II. REGIME DE L'INSTITUTION.

266. Le régime du pacte de préférence présente également des ressemblances et des différences avec celui du contrat d'option.

16. H. Lalou, chronique précitée.

17. E. Franck, note sous cass. civ. 4 mars 1971 : D. S. 1971, 358.

18. H. Lalou et P. Voirin précités.

19. Req. 12 janv. 1926 : D. H. 1926, 116.

20. L. Boyer : Encyclopédie Dalloz, V. Promesse de vente, n. 31.

E. Franck, note sous Cass. civ. II, 4 janv. 1971, précitée.

A. Cessibilité et transmissibilité.

267. On avait soutenu que le pacte de préférence était incessible parce que conclu « intuitu personae »²¹. La doctrine n'était pas unanime ; M. Voirin soutenait au contraire la cessibilité. La jurisprudence s'est également montrée favorable, et, aujourd'hui, elle ne fait plus aucun doute²². Néanmoins, une incessibilité peut être déduite des stipulations du pacte. Ainsi, une clause de préférence, insérée dans un testament a été déclarée incessible et intransmissible parce que les cohéritiers avaient été nommément désignés dans l'acte. Les obligations avaient, de ce fait, pris fin à la mort des cohéritiers²³.

B. Capacité du promettant.

268. Le pacte de préférence, à la différence du contrat d'option, ne contient pas le consentement du promettant à la vente ; il faut que celui-ci lui notifie son désir de vendre et le prix qu'il veut tirer de son bien, c'est alors seulement qu'il y a offre de vente. La capacité du promettant ne sera donc pas exigée dès la conclusion du pacte. Celui-ci pourra être valablement conclu par un mineur, ou par toute autre personne n'ayant pas la capacité de disposer, parce qu'au moment du pacte, la vente n'est qu'éventuelle. Au contraire, lorsque le promettant passe un contrat d'option, il doit être capable de disposer, puisque son consentement n'aura pas à être renouvelé à la levée de l'option.

Conclusion

269. Malgré ces différences, il est certain que, dans l'ensemble, la jurisprudence qui est responsable de l'élaboration des règles applicables au pacte de préférence s'est inspirée largement du régime de la promesse unilatérale de vente lorsque ces règles ne pouvaient pas être incompatibles avec la notion même de l'institution. C'est pourquoi, l'opinion générale a assez mal accueilli la différence de régime qu'elle a adoptée en ce qui concerne la publicité foncière, et qui n'est pas justifiée par la nature de l'institution. On peut penser qu'elle a essayé, par le seul moyen dont elle disposait, de provoquer une réforme législative qui permettrait de réunir ces deux techniques. On sait, cependant, qu'actuellement

21. H. Lalou, chronique précitée.

22. Lyon, 22 nov. 1927 : D. P. 1928, 2, 151 confirmé par Req. 23 déc. 1930 : D. H. 1931, 50 — Poitiers, 20 janv. 1954 : J. C. P. 1954, II, 8064 — Civ. I, 19 juillet 1978, D. 1978, inf. rap. 452 ; dans cette décision un locataire a pu régulièrement céder son pacte à un tiers.

23. Cass. civ. 2 août 1949 : J. C. P. 1951, éd. N., 6003.

elle semble rectifier un peu sa position au sujet des pactes de préférence... la doctrine, du moins, interprète ainsi ses plus récentes décisions²⁴.

Il n'en demeure pas moins que l'analyse de ces deux institutions fait apparaître une différence complète de technique qui empêche toute possibilité d'assimilation. Le pacte de préférence ne peut qu'être utilisé dans des circonstances particulières ; il n'est pas appelé au développement que connaît le contrat d'option. Il ne peut servir, comme lui, de technique de financement ou de technique de vente. C'est une différence essentielle qui limite son extension.

24. V. *supra*, la protection du droit d'option, n. 158 s.

CHAPITRE II

LE CONTRAT D'OPTION EST DISTINCT DU CONTRAT PRELIMINAIRE

Introduction

270. La vente d'immeubles à construire est réglementée principalement par la loi du 3 janvier 1967. L'article 6 de cette loi dispose que « tout contrat de vente ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et emportant obligation pour l'acheteur d'effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction doit, à peine de nullité, revêtir la forme d'un contrat de vente en l'état futur d'achèvement ou de vente à terme (art. 1601-2 et 1601-3 du Code civil) ».

Toutefois, l'article 11 de cette même loi¹ prévoit une dérogation : il autorise la conclusion d'un contrat préliminaire par lequel le vendeur s'engage, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, à réserver à son cocontractant un immeuble ou une partie d'immeuble. Le décret du 22 décembre 1967 dans ses articles 29 à 36 organise ce contrat. Il n'a pourtant pas résolu tous les problèmes, puisque la plupart des difficultés de la vente d'immeubles à construire ont ce contrat pour origine. C'est d'autant plus regrettable que cette législation était destinée à entériner la pratique reconnue en jurisprudence des contrats de réservation et à en éviter les abus.

Grâce à ces textes, le législateur enlevait à l'autonomie de la volonté des parties pratiquement tous les contrats devant précéder toute vente d'immeuble à construire, c'est-à-dire toutes celles devant intervenir dans le secteur « protégé »². Ces dispositions devaient répondre à un double but :

a) être utile au constructeur qui peut ainsi « sonder le marché immobilier », et, obtenir également des crédits complémentaires

1. Devenu l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation (C.C.H.) complété par les articles R. 261-15 ... à 33.

2. Le secteur protégé est défini par la loi du 3 janvier 1967. Trois conditions doivent être remplies :

- le contrat doit avoir pour objet le transfert de propriété ;
- l'immeuble considéré doit être à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation ;
- le contrat doit comporter l'obligation pour l'acheteur d'effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction. (Droit de la promotion immobilière, Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz, 2^e éd., Précis Dalloz, n. 348.)

lorsqu'il a obtenu une « garantie intrinsèque » grâce au contrat préliminaire ;

b) protéger l'acquéreur en bloquant les fonds pour la réservation.

271. Ce but n'a pas été atteint dans son intégralité. MM. Malinvaud et Jestaz estiment que, malgré les apparences, ce contrat est avant tout une faculté offerte au promoteur, et, au second degré seulement, une protection pour l'accédant³.

Ces contrats ont été la source de nombreux litiges, et les magistrats ont été ainsi amenés à prendre parti en ce qui concerne leur nature juridique. On a voulu les rapprocher d'un pacte de préférence ou d'un contrat d'option.

Un jugement du Tribunal de grande instance d'Evry-Corbeil du 14 novembre 1974 a jugé que, par le contrat de réservation litigieux, la société de construction s'était obligée, non pas à vendre une maison qui n'était pas construite, mais à *offrir par préférence* au réservataire d'acheter une maison d'un modèle déterminé à un prix fixé à l'avance. Les juges concluaient que ce contrat intermédiaire entre le pacte de préférence et la promesse de vente n'était pas soumis à la formalité de l'enregistrement⁴. Les commentateurs de l'arrêt (qui a infirmé le jugement) estiment que le droit de la promesse de vente et du contrat préliminaire est déjà assez difficile pour ne pas le compliquer encore en créant une catégorie juridique de transition.

272. La nature juridique du contrat préliminaire a été, en effet, l'occasion de bien des divergences doctrinales et de bien des décisions opposées.

Il est certain que la définition proposée par l'article 11 de la loi du 3 janvier 1967 pourrait être celle, très sommaire du contrat d'option sur un immeuble construit⁵.

La Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 18 décembre 1973⁶ a fait cette analyse : « cette obligation (le vendeur s'engage à "réserver" l'appartement) ne peut s'analyser que comme une *promesse de vente* même si cette promesse est assortie initialement dans le cas d'immeubles à construire, de la condition de réalisation du projet ». Néanmoins, la Cour de cassation a refusé cette analyse en qualifiant le contrat préliminaire de contrat « sui generis »⁷ : « par suite, doit être cassé l'arrêt déclarant nul un contrat préliminaire de réservation à défaut d'avoir été enregistré dans les dix jours,

3. J. C. P. 1976, I, 2790.

4. J. C. P. 1977, II, 18524. Nous ne comparerons pas le pacte de préférence au contrat préliminaire, ce n'est pas notre propos ; notons seulement que le pacte de préférence doit avoir un *objet déterminé*, ou précisément déterminable, tandis que l'objet du contrat préliminaire peut ne pas l'être.

5. Art. L. 261-15 : « La vente prévue à l'article L. 261-10 peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble ».

6. Rép. not. 1974, art. 30657, p. 736.

7. Cass. civ. III, 27 oct. 1975 : D. S. 1976, 97, note E. Franck.

alors que ce contrat « sui generis » essentiellement synallagmatique, comporte des obligations réciproques — le vendeur s'engageant en contrepartie d'un dépôt de garantie à réserver à l'acheteur éventuel un immeuble ou une partie d'immeuble — et qu'en conséquence, un tel contrat ne peut être identifié à la promesse de vente »⁸.

273. Nous constatons, une fois de plus, que c'est l'application de la loi fiscale de 1963 qui sert d'argument essentiel pour invoquer l'annulation des obligations contractuelles dans ce domaine, et que c'est à propos des litiges de cet ordre que se précisent les contours des différents actes préparant le contrat de vente.

La solution adoptée par la Cour suprême le 27 octobre 1975 ne fait pas l'unanimité des spécialistes. Qualifiée par certains auteurs de « solution de facilité »⁹, elle apparaît à d'autres comme une « solution précise et heureuse qui pose un principe mais dont ce principe est la souplesse »¹⁰. Nous devons tout de même ajouter pour être juste que le principe s'est avéré moins souple qu'on ne l'espérait, et que ces auteurs sont beaucoup moins optimistes, en 1979, sur ses applications. Il semble que certains contrats de réservation font la part trop belle au réservant, parce que, précisément, le contrat préliminaire étant un contrat « sui generis », les règles d'équité établies pour d'autres techniques, telles que le contrat d'option par exemple, n'ont pas à être respectées.

Selon la Cour suprême, le principal critère qui permet de rejeter l'assimilation du contrat préliminaire à la promesse unilatérale est le caractère essentiellement synallagmatique de celui-là¹¹. Ce critère met définitivement ce contrat hors du champ d'application de l'article 1840 A du C.G.I. Nous déplorons, malgré les incidences que nous avons constatées sur l'affinement des différentes notions, que la loi fiscale puisse entraîner la déformation des qualifications. Il est, en effet, évident que la solution adoptée par la Cour suprême, le 27 octobre 1975, n'avait pour but immédiat que de séparer définitivement le contrat préliminaire du contrat d'option, en ce qui concerne l'enregistrement. Elle a cependant des conséquences plus importantes sur le plan pratique.

274. Le contrat de réservation peut s'appliquer à des situations très différentes puisqu'il est possible de conclure une telle convention depuis la conception d'un projet de construction jusqu'à l'achèvement de l'immeuble. Selon l'état de l'avancement des travaux, l'objet sera plus ou moins déterminé, l'obligation du réservant sera ou non conditionnelle. Ainsi, la réservation pourrait apparaître dans bien des contrats comme une véritable promesse de vente.

8. La Cour de Paris avait adopté également ce point de vue : 17 janv. 1972 (Gaz. Pal. 1972, 1, 312) — 23 janv. 1975 (J. C. P. 1975, II, 18151).

9. M. Bergel : J. C. P. 1975, II, 18150 et 18151.

10. MM. Malinvaud et Jestaz : J. C. P. 1976, I, 2790.

11. Or l'expression « essentiellement » ne convient pas puisque la loi interdit le dédit si le délai pour construire dépasse deux ans.

Néanmoins, on reconnaît généralement que le législateur de 1967 a eu une conception unitaire du contrat de réservation et que celui-ci ne peut avoir deux natures juridiques. La Cour de cassation a respecté cette conception. C'est pourquoi elle a décidé qu'il s'agissait d'un contrat « sui generis ». Parce qu'il est « sui generis », il a des caractères propres, et son caractère propre, c'est d'avoir un contenu variable.

Reconnaître qu'il a un contenu variable, c'est admettre par voie de conséquence que les parties ont le droit de le compléter, ce qui implique que les magistrats devront rechercher l'intention des parties au moment de la formation du contrat et en tirer les effets.

Il apparaît donc, aujourd'hui, comme certain que le contrat préliminaire doit être impérativement celui de la loi du 3 janvier 1967 ; néanmoins, est-il souhaitable d'une part, de restreindre le champ d'application de cette disposition législative, et d'autre part, d'admettre que les parties puissent faire de ce contenu légal, un minimum, afin de respecter, autant que faire se peut, un réel équilibre des parties ¹².

Section I. LE CONTRAT PRELIMINAIRE DOIT ETRE IMPERATIVEMENT CELUI DE LA LOI DE 1967 ET CE CONTRAT EST TRES DIFFERENT DU CONTRAT D'OPTION.

275. Le contrat préliminaire est impératif lorsqu'il précède un contrat de vente réunissant trois conditions :

- a) un transfert de propriété ;
- b) un immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte, professionnel et habitation ;
- c) des versements de fonds à effectuer avant l'achèvement de l'immeuble.

Tout contrat de réservation passé avant le contrat de vente proprement dit de l'immeuble ou partie de l'immeuble à construire doit se conformer à la loi de 1967 sous peine de nullité.

L'analyse des textes concernant le contrat préliminaire permet de constater que ce contrat présente des différences sensibles et fondamentales avec la promesse unilatérale de vente d'immeuble, tant au point de vue de l'objet et du prix (I) qu'au point de vue des obligations des parties (II).

A. Objet et prix du contrat préliminaire.

276. En premier lieu, ce contrat est applicable à *tous* les immeubles à construire du secteur protégé. C'est ainsi que l'on interprète

12. MM. Malinvaud et Jestaz soutiennent la thèse du contrat à contenu variable.

généralement l'article 11 dernier alinéa de la loi de 1967, devenu l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation : « Est nulle toute autre promesse d'achat ou de vente ». Les acquéreurs (ou vendeurs) d'un immeuble à construire ne pourront donc, dans le cas où ils désirent passer un contrat préparatoire au contrat de vente définitif, que conclure un contrat préliminaire, et par voie de conséquence, le contrat d'option ne peut donc concerner que les immeubles construits.

En second lieu, l'objet peut n'être qu'éventuel ou indéterminé.

I. L'objet peut être éventuel.

277. Le contrat préliminaire peut être passé avant la réalisation du projet. C'est même un des objectifs de la loi de 1967 : que ce contrat puisse servir d'instrument de prospection. Le promoteur peut ainsi « sonder le marché immobilier », évaluer les chances de succès de l'opération qu'il veut monter et obtenir des crédits complémentaires en ayant réalisé une garantie intrinsèque.

Celui-ci peut donc abandonner le projet s'il lui paraît trop hasardeux ou non rentable. Dans ce cas, le contrat sera résolu et le réservataire retrouvera ses fonds. C'est ce qui résulte de l'article 35 du décret du 22 décembre 1967 (art. R. 261-31 CCH)¹³ : « Le dépôt de garantie est restitué... si le contrat de vente n'est pas conclu du fait du vendeur dans le délai prévu au contrat préliminaire ».

Le réservant a une totale liberté d'action pour réaliser ou non son projet. Les ventes et les réservations à ce stade ne sont pas les plus nombreuses, loin de là. Les pactes de préférence et les contrats d'option ne peuvent être conclus si l'objet n'est pas déterminé ou déterminable. C'est là une différence fondamentale.

II. L'objet peut être indéterminé.

278. L'article 11 de la loi du 3 janvier 1967, et les articles 29 et 30 du décret du 22 décembre de la même année énumèrent les mentions devant obligatoirement figurer au contrat ; elles concernent l'objet et le prix. Seule une indication prévisionnelle et approximative est obligatoire (art. R. 261-25 et R. 261-26 CCH).

Ainsi, les textes exigent qu'il soit fait mention « des indications essentielles relatives à la consistance de l'immeuble », « de la surface habitable approximative » et que soit rédigée une « note technique sommaire » de la nature, qualité des matériaux et des éléments d'équipement. L'objet n'est donc pas définitivement déterminé. Il peut n'être décrit que dans ses grandes lignes. Le promoteur peut changer certains éléments en cours de réalisation, en fonction des difficultés techniques ou économiques qu'il rencontre, qu'il s'agisse

13. C.C.H. : Code de la Construction et de l'Habitation.

des éléments d'équipement, de certains matériaux ou de l'emplacement des garages et parkings.

La règle qui se dégage de ces dispositions est encore une totale liberté d'action pour le réservant. On se posera dès lors la question de savoir jusqu'où peut aller le droit du réservant et s'il peut abuser de son droit, car les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Si le réservant a abusé de son droit, il n'est plus un contractant de bonne foi et sa responsabilité doit être engagée. C'est un des problèmes délicats que pose le contrat préliminaire. La jurisprudence pose bien le principe de la responsabilité du réservant de mauvaise foi, mais elle tient à protéger avant tout la liberté du réservant¹⁴. Les solutions adoptées sont d'une extrême rigueur.

C'est pour parer à cette éventualité qu'il aurait été souhaitable de rapprocher le contrat préliminaire de la promesse unilatérale, lorsque l'objet et le prix sont déterminés au moment de la passation du contrat préliminaire.

III. *Le prix est prévisionnel.*

279. L'article 30 du décret de 1967 (art. R. 261-26 C.C.H.) précise qu'il faut indiquer dans le contrat un prix « prévisionnel ». Prévisionnel signifie qu'il n'est pas déterminé et qu'il peut également ne pas être déterminable. Il peut être largement modifié si le constructeur a apporté d'importants changements au projet initial. C'est pourquoi, l'article 33 prévoit la restitution du dépôt de garantie si le prix de vente excède de plus de 5 p. 100 le prix prévisionnel (après révision selon les dispositions du contrat).

280. *En résumé*, le législateur a conçu un contrat dans lequel l'objet et le prix peuvent être indéterminés. En ceci, il est totalement différent du contrat d'option, qui ne peut être valable que lorsque l'objet du contrat est définitif et son prix déterminé. En effet, le consentement du bénéficiaire qui lève l'option suffit pour que la vente soit parfaite. Or, la vente suppose un prix déterminé (art. 1591 du Code civil).

B. *Obligations des parties.*

281. Le vendeur « s'engage à réserver », dispose la loi de 1967. Cette formule qui n'a pas été autrement précisée par le législateur renferme une ambiguïté qui n'est pas sans poser de multiples problèmes en ce qui concerne son étendue. En contrepartie, le réservataire a l'obligation de déposer des fonds. Quelle est la nature de

14. Cass. civ. 17 janv. 1972 : Gaz. Pal. 4 mai 1972 ; Rev. trim. dr. civ. 1972, p. 609, obs. Cornu — Cass. civ. 28 juin 1977 : Rép. Defrénois 1978, 1, 55, art. 31592.

dépôt de fonds ? Nous étudierons successivement ces obligations réciproques.

I. *L'obligation du réservant.*

282. Le terme « réserver » est imprécis et le législateur n'a donné aucune précision à ce sujet, ni dans la loi, ni dans les décrets qui suivirent. Le dictionnaire Larousse nous donne cette définition du verbe « réserver » : « mettre à part quelque chose d'un tout ». Cette définition implique, donc, que le vendeur ne puisse réserver qu'à partir du moment où le projet se réalise ; elle implique également que celui qui s'est engagé à réserver soit tenu de le faire dès qu'il le peut.

Le dictionnaire Petit Robert qui définit le terme « réserver » par « attribuer par avance à quelqu'un » contient l'idée encore plus forte d'indisponibilité du bien.

Comme il n'est pas question de voir dans l'obligation du réservant une obligation pure et simple de résultat (la finalité de la loi interdit cette affirmation), il faut y voir une obligation conditionnelle. Si la condition se réalise, c'est-à-dire si l'immeuble prévu au contrat est construit, le réservant doit offrir la vente¹⁵.

S'il s'y refuse, il commet une faute génératrice de responsabilité. Néanmoins, peut-on aller plus loin et le réservataire peut-il demander l'exécution forcée en soutenant que, la condition s'étant réalisée, la vente est parfaite ? Le tribunal constatera-t-il la vente ? L'on sait que l'exécution forcée peut être désormais prononcée chaque fois qu'elle est matériellement et juridiquement possible¹⁶.

283. Ce n'est pas l'avis de la jurisprudence. Elle confirme que le réservant est tenu d'offrir la vente dans les conditions prévues au contrat sous peine d'engager sa responsabilité, mais elle refuse de constater la vente. Le contrat de réservation n'est pas une promesse de vente contenant le consentement du promettant à la vente l'offre doit être renouvelée.

La Cour de Paris décide, le 23 janvier 1975, que : « le contrat préliminaire visé à l'article 11 de la loi du 3 janvier 1967 ne constitue pas une promesse de vente dont le bénéficiaire pourrait réclamer l'exécution en joignant sa volonté à celle du vendeur par une levée d'option : la vente ne peut se former que par une nouvelle manifestation des deux parties. Le réservant est cependant tenu d'offrir la vente au réservataire dans les conditions prévues au dit contrat, cette

15. G. Cornu parle de condition casuelle (Rev. trim. dr. civ. 1972, p. 611) ; J.-L. Bergel y voit une condition simplement potestative. (J. C. P. 1974, Doc. 2669).

16. Le contrat préliminaire constituerait une promesse unilatérale de vente sous condition suspensive de réalisation du projet inscrit au contrat et avec faculté de dédit au profit du réservataire. La condition ne dépendrait pas de l'entière volonté du réservant, elle est soumise à la conjoncture économique, aux règles du crédit...

obligation doit être exécutée de bonne foi et se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution »¹⁷.

Le réservant peut être condamné sous astreinte à notifier un projet de vente. Une fois que l'offre de vente est notifiée, si le vendeur se refuse à passer l'acte de vente, la vente peut être constatée par jugement. Mais, il faut qu'il y ait une offre de vente, car, le contrat préliminaire ne contenant pas le consentement du vendeur, l'accord de volontés ne peut pas se faire, contrairement à ce qui se passe dans le contrat d'option de vente¹⁸.

La loi du 3 janvier 1967 a conçu un contrat différent de la promesse unilatérale de vente¹⁹.

II. *L'obligation du réservataire.*

284. On a coutume de dire que le contrat étant synallagmatique, les deux parties doivent avoir une situation juridique équivalente, le réservant ne s'engage pas à vendre et le réservataire ne s'engage pas à acheter. Cette formule ne correspond pas à la réalité, et il existe un réel déséquilibre entre les obligations des deux parties²⁰.

La jurisprudence semble cependant tout à fait disposée à accorder une entière liberté au réservataire²¹. La doctrine paraît plus réticente. La réponse dépend de la nature juridique que l'on accorde au contrat préliminaire : si l'on y voit une promesse unilatérale de vente, le réservataire doit avoir le libre choix de sa décision finale, dans le cas contraire, la réponse peut être plus restrictive. MM. Malinvaud et Jestaz estiment, pour leur part, « qu'il faut répondre d'une manière nuancée » : « selon nous, écrivent-ils les textes imposent au réservataire une obligation alternative... le dépôt garantit l'obligation d'acheter »²².

285. On s'est, dès lors, interrogé également sur la nature juridique du dépôt de garantie : est-ce un dédit ou un prix d'option analogue à l'indemnité d'immobilisation du contrat d'option ?

Le dépôt de garantie n'est pas un véritable dédit au sens où l'on doit entendre ce mot. Nous savons qu'un dédit n'existe que dans le cas où il y a engagement ferme et rétractation postérieure. Or, le réservataire n'est pas fermement engagé, il lui suffit pour se libérer d'abandonner le dépôt de garantie. Si l'on ne peut pas parler de dédit, peut-on alors qualifier ce dépôt d'indemnité d'immobilisation ou de prix d'option ?

MM. Malinvaud et Jestaz y sont opposés car « le délai n'est pas offert par le vendeur à l'accédant pour prendre parti, le délai

17. Paris (2^e) : J. C. P. 1975, II, 18150 et 18151, note Bergel.

18. J.-C. Groslière et Ph. Jestaz. Obligations du réservant. Rev. Dt. immob. 1980, n. 4, p. 438.

19. M. Ranouil sous note Paris (2^e) 28 mai 1976 : Gaz. Pal. 12 oct. 1976.

20. Th. Massis, Le contrat préliminaire de la vente d'immeubles à construire, thèse Paris 1979, p. 356 dactyl.

21. Cass. civ. III, 24 nov. 1977 : J. C. P. 1978, IV, 31.

22. MM. Malinvaud et Jestaz : J. C. P. 1976, I, 2790.

est consenti au vendeur pour réunir les conditions matérielles... c'est une garantie pour le promoteur et les banquiers... il n'y a pas de délai d'option malgré la mention de la date à laquelle la vente peut être conclue... le délai s'allongeant la somme diminue... »²³.

Néanmoins, il est certain que le dépôt de garantie a été conçu dans l'intérêt du vendeur : il sert à tester le marché immobilier, obtenir des crédits, mais il compense également l'indisponibilité du bien lorsque celui-ci est en cours de réalisation ou en voie d'achèvement et très facilement commercialisable. Dans cette optique, il est alors un véritable prix d'un service rendu par le vendeur, le prix de réservation est analogue au prix d'option.

L'objection consistant à dire que le montant du dépôt étant inversement proportionnel au délai, il ne peut être assimilé à une indemnité d'immobilisation ne peut emporter à lui seul notre adhésion²⁴. En effet, l'article 32 du décret du 22 décembre 1967 fixe le montant du dépôt à 5 % du prix prévisionnel si le délai n'excède pas un an, 2 % du prix si le délai n'excède pas deux ans, enfin aucun dépôt ne peut être exigé si le délai dépasse deux ans. Dans le contrat d'option, au contraire, le montant de l'indemnité d'immobilisation est d'autant plus important que le délai est long.

286. Mais, dans les deux cas, il s'agit d'un prix, et le prix est d'autant plus élevé que le service rendu est important. Pour le contrat d'option, l'immeuble étant déjà construit et commercialisable, l'indisponibilité du bien est réelle depuis l'offre de promesse, le promettant peut refuser des acquéreurs intéressants pendant toute la durée du délai ; il est donc normal que la somme due augmente avec la durée du temps stipulé au contrat.

Au contraire, lorsque l'immeuble n'est qu'à l'état de projet ou même qu'il est seulement commencé, le prix de l'immeuble est un prix fixé pour tous les acquéreurs, le réservant ne peut rater des ventes plus lucratives. Lorsque le projet est avancé ou en voie d'achèvement, le réservataire sera disposé à payer un prix de réservation plus important parce qu'il est plus motivé et parce que l'avantage consenti paraît plus appréciable.

Bien que le dépôt de garantie ait été réglementé par une disposition législative, rien n'empêche de le comparer à un droit d'option. De toute manière, ce n'est pas cet élément qui le sépare du contrat d'option, mais plutôt la totale liberté d'action du réservant qui est une cause de déséquilibre de ce contrat synallagmatique.

C. Droit né du contrat préliminaire. Protection de ce droit.

287. Le droit né du contrat préliminaire peut-il être protégé par la publicité foncière ? Autrement dit, ce droit bénéficie-t-il de

23. MM. Malinvaud et Jestaz, *Droit de la promotion immobilière*, 1980, 2^e éd., n. 366.

24. J.-C. Groslière et Ph. Jestaz, *Contrat préliminaire. Nature juridique du décret*, *Rev. Dr. immob.* 1981, n. 4, p. 516.

la publicité obligatoire des pactes de préférence et de l'opposabilité aux tiers qui s'y attache, ou de celle facultative des promesses unilatérales de vente et destinée seulement à l'information des usagers ?

Dans une thèse récente consacrée à l'étude du contrat préliminaire, M. Th. Massis²⁵ estime que celui-ci est soumis à l'article 28-2° du décret du 4 janvier 1955, et que, par conséquent, il peut être qualifié de restriction au droit de disposer. Il constate qu'en effet il constitue une amputation du droit de propriété, même si celle-ci n'est que temporaire, et qu'il porte atteinte à l'abusus du réservant. Il applique à cette convention la jurisprudence de la Cour suprême en matière de pacte de préférence.

On doit constater, effectivement, qu'il existe deux arguments en faveur de cette thèse : le contrat préliminaire ne se heurte pas à l'argument de texte de l'article 37-1° du décret, il n'est pas mentionné expressément par la loi, contrairement aux promesses unilatérales de vente, et il peut entrer, tout comme le pacte de préférence, dans le champ d'application de l'article 28 en tant qu'actes dressés entre vifs à titre onéreux et constatant une inaliénabilité temporaire.

Le contrat préliminaire serait donc soumis à la publicité obligatoire. Cette publicité a l'avantage de créer une présomption de connaissance de la réservation, mais, M. Massis fait remarquer que les contrats préliminaires ne sont guère publiés parce que la loi du 3 janvier 1967 a moralisé le domaine de la construction, que les contrats ne sont conclus que pour une durée brève ce qui rend inutile leur publicité (ici nous faisons quelques réserves car un ou deux ans, ce n'est pas une durée particulièrement brève), et qu'enfin, souvent le réservataire ne désire pas acheter, la formalité est donc pour lui sans intérêt.

288. Sur le plan théorique, il est intéressant de constater que le droit né du contrat préliminaire (plus aléatoire que le contrat d'option) bénéficie d'une protection plus efficace que le droit d'option et que cette distorsion injustifiée dans ce sens appelle une uniformisation de la jurisprudence ou du législateur.

La liberté du réservant en ce qui concerne la réalisation du projet prévu initialement est une cause de déséquilibre du contrat. Peut-on envisager un remède à cette situation ?

Section II : SERAIT-IL SOUHAITABLE DE RESTREINDRE LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI DU 3 JANVIER 1967 ?

289. Le législateur de 1967 a assigné apparemment un champ d'application très précis à son texte: le contrat de réservation s'applique uniquement aux immeubles à construire du secteur protégé-

25. M. Th. Massis, thèse précitée, p. 344.

gé. Mais s'il s'exerce dans un domaine assez restreint, il s'étend sur une durée prolongée, depuis le simple projet jusqu'à l'achèvement de l'immeuble. M. Meysson voit quatre stades principaux²⁶ : l'exploration, le moment où le vendeur a pris la décision de réaliser le projet sans que le plan, le devis descriptif et le prix soient définitivement arrêtés, le moment où le vendeur a déterminé le programme mais où il n'est pas en mesure de fournir la garantie d'achèvement ou de remboursement, et, enfin, le moment où le vendeur peut conclure la vente parce que l'immeuble est pratiquement achevé.

Rien n'empêcherait les parties de se lier d'une façon plus étroite lorsque l'objet du futur contrat de vente et le prix sont définitivement déterminés. Le réservant n'a, à ce moment, plus besoin de sa liberté d'action, l'équilibre du contrat pourrait être rétabli. On ne saurait trop insister sur le fait que, si la liberté est nécessaire au réservant qui envisage de se lancer dans un marché qui comporte de grands risques, cette liberté devient une grave source de désagréments pour le réservataire qui a été attiré par certains éléments contenus dans le descriptif et qu'il ne retrouve plus au moment où lui est notifié l'acte de vente. La jurisprudence nous fournit à ce sujet des exemples très frappants.

Si les parties pouvaient compléter le contenu de l'acte imposé par la loi de 1967 sans se placer dans l'illégalité, le nouveau contrat permettrait au réservataire de lier plus étroitement le réservant qui engagerait sa responsabilité en cas de modification unilatérale, sa mauvaise foi serait sanctionnée. Cet accord pourrait prendre la forme pure et simple d'une promesse unilatérale de vente contenant une offre de vente. En pratique d'ailleurs, certains notaires annexent même le projet d'acte de vente au contrat préliminaire, ce qui permet une acceptation équivalente à une levée d'option. Ceci lorsque l'état d'avancement du projet le permet. Ce contrat se rapproche beaucoup de la promesse.

Cette formule permettrait notamment de régler les « problèmes de frontière », selon l'expression de MM. Malinvaud et Jestaz²⁷ : ceux qui se posent lorsque les constructeurs concluent des ventes après achèvement, mais désirent néanmoins lier l'acquéreur par une convention préparatoire passée avant l'achèvement.

290. La doctrine s'accorde pour écrire « qu'il vient un moment où le réservant perd le droit de dénoncer la réservation ou de différer la livraison même en restituant le dépôt de garantie. Me Thibierge, quelques années auparavant, parlait de situation irréversible du vendeur lorsque l'opération projetée est réalisée²⁸.

Le réservant doit être obligé d'offrir la vente lorsque le projet est réalisé ; effectivement la loi lui en fait l'obligation (art. 34 du

26. Meysson et Tirard : J. Classeurs. Construction. Fasc. 83-C, n. 11.

27. MM. Malinvaud et Jestaz, Droit de la promotion immobilière, op. cit., n. 315.

28. Rev. trim. dr. civ. 1978, obs. Cornu, p. 373.

Rép. Defrénois, 15 janv. 1968, p. 7.

D. 22 déc. 1967 - art. 261-30 C.C.H.). Toutefois, le problème se présente sous un double aspect : il est certain que le réservant doit offrir la vente du projet réalisé à son réservataire (doctrine et jurisprudence sont d'accord sur ce point pour interpréter ainsi l'art. 261-30), mais, d'autre part, le réservant est-il tenu d'offrir la vente d'une construction identique au projet qui a été prévu ? Tout dépend de la liberté que l'on désire garder au réservant. Il paraît logique qu'à partir du moment où il présente à la commercialisation un projet déterminé dans ses moindres détails, le réservataire tienne à acquérir un immeuble correspondant en tous points à celui qu'il a réservé.

C'est pourquoi, il apparaît intéressant d'étudier tout d'abord les solutions adoptées par la jurisprudence en droit commun, pour analyser ensuite le domaine particulier des contrats préliminaires d'immeubles achevés.

A. *Jurisprudence en droit commun.*

291. Il semble que les Cours d'appel et les tribunaux soient plutôt favorables à une extension de la responsabilité du réservant en faisant appel à l'article 1134 du Code civil (les conventions doivent être exécutées de bonne foi).

Au contraire, la Cour de cassation paraît surtout soucieuse de conserver à ce contrat de réservation sa qualification de « contrat sui generis ».

I. *Jurisprudence des Cours d'appel et des Tribunaux.*

292. Par application de l'article 1134 du Code civil, les magistrats acceptent dans certains cas de considérer le réservant comme un débiteur fautif lorsqu'il n'exécute pas le projet promis.

Rappelons que le 18 décembre 1973, la Cour d'appel de Rennes avait jugé que le contrat préliminaire constituait une promesse unilatérale de vente sous condition de la réalisation du projet²⁹.

Un arrêt de la 2^e Chambre de la Cour de Paris³⁰ relève qu'un constructeur, s'étant engagé à livrer une maison conforme aux plans, à la notice descriptive déposée en l'étude de M^e B... notaire, et à la maison témoin que le réservataire avait visitée, et ayant livré une construction non conforme en ce qui concernait l'évacuation des eaux usées et des eaux de pluie, les fondations et les cloisons, était de mauvaise foi et devait être condamné à verser des dommages-intérêts au réservataire. Celui-ci avait confirmé son intention d'acquérir mais ne voulait pas signer la vente avant que la maison ne soit mise en conformité.

Le constructeur avait considéré qu'il était libéré et avait

29. Rép. Defrénois 1977, art. 31050.

30. 20 février 1975 : J. C. P. 1975, 18151.

revendu la maison à un autre acquéreur. Celui-ci n'ayant pas été jugé de mauvaise foi, il n'était pas question de remettre en cause la validité de la vente.

On notera cependant que la décision va plus loin que le contrat préliminaire tel qu'il résulte de la loi laquelle s'interprète dans le sens d'une totale liberté du réservant, en ce qui concerne la réalisation de son projet. Les juges ont considéré que la restitution du dépôt de garantie ne suffisait pas à libérer le réservant de mauvaise foi, qui s'était engagé à livrer une maison identique en tous points au modèle proposé.

Plus net encore est l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 28 mai 1976³¹ qui fait état de ce que la société constructrice « ayant pris l'engagement vis-à-vis d'elle (la réservataire) de lui offrir à la vente un bien en tous points identique à ce qui était prévu lors de la signature de ce contrat », et, décide qu'elle a commis une faute dont elle doit réparation « en offrant, en fait, un plan modifié dans sa consistance et sa superficie ».

Par cette jurisprudence, la Cour de Paris admet que le réservant et le réservataire peuvent passer un accord qui élargit et précise le contrat préliminaire.

293. Dans une décision légèrement antérieure³², la Cour de Paris avait considéré que, lorsque les modifications sont très importantes, le promoteur a l'obligation de prévenir les réservataires immédiatement et non pas seulement par la notification du projet d'acte de vente un mois avant la signature. Dans l'espèce, le parc avait été réduit de moitié par suite d'une cession à l'administration décidée avant la signature du contrat, et le chauffage central n'était plus installé. « La bonne foi contractuelle, notent MM. Malinvaud et Jestaz³³, ajoute un devoir d'honnêteté élémentaire de renseigner le cocontractant sur tous les éléments propres à l'intéresser sans avoir à lui laisser le soin ou la chance de les découvrir dans les cent quarante pages d'un règlement de copropriété suivi de modificatifs non communiqués... »

La Cour suprême a censuré cette décision : elle se montre sévère sur l'interprétation de la loi de 1967.

II *Jurisprudence de la Cour de cassation.*

294. La décision précitée, rendue en date du 21 novembre 1975 a été cassée le 24 novembre 1977 par un arrêt contenant des termes de principe ; pour la Cour suprême, il n'y a pas dans la loi d'autre

31. 28 mai 1976, Gaz Pal. 1976, 611.

32. 21 nov. 1975, D. S. 1976, somm. 50 ; J. C. P. 1979, II, 19037.

33. Note MM. Malinvaud et Jestaz au J. C. P. 1979, II, 19037. La Cour d'Aix en Provence va plus loin encore. Elle se rallie à la possibilité d'une exécution forcée en nature. Le juge pourrait être amené, à moins que le bien soit sorti du patrimoine, à établir un document valant projet de vente. La décision est critiquée par M. Jestaz (Rev. dr. imm. 1980, n. 4, p. 439). Le tribunal substituerait une promesse de vente à un simple engagement d'offrir la vente.

obligation de renseignements que celle de la notification de l'acte de vente, et pas d'autre sanction que la restitution du dépôt de garantie³⁴.

« Attendu que, dit la Cour, lorsque dans une vente d'immeubles à construire les parties ont signé un contrat préliminaire mentionnant la consistance et les éléments d'équipement de l'immeuble, il n'est pas interdit au réservant de modifier cette consistance et ces éléments. »

Une décision du 28 juin 1977³⁵ condamne le réservant à verser des dommages-intérêts au réservataire, mais cette décision ne contredit en rien le principe de l'arrêt précité. Le constructeur avait livré la maison avec du retard ; l'acquéreur refusa la restitution de garantie et exigea la vente, mais demanda des dommages-intérêts. La Cour suprême lui en accorda parce que, par suite du retard, la somme versée à titre de dépôt de garantie correspondait, lors de la formation du contrat à un pourcentage illégal (art. 261-28 C.C.H.). En condamnant le promoteur, en effet, la Cour de cassation ne fait que respecter l'article 32 du décret de 1967 qui dispose que le dépôt de garantie ne doit pas excéder 2 % si le délai n'est pas inférieur à un an.

La Cour suprême se montre donc sévère sur l'application de cette loi de 1967. Dans les conclusions de M. l'Avocat général Paucot (décision du 28 juin 1977 précitée), il est rappelé que l'article 11 de la loi a voulu « faciliter une exploration utile et non théorique du marché immobilier tout en protégeant l'éventuel acquéreur » et qu'il ne faut pas permettre au vendeur d'utiliser ce texte pour écarter un acquéreur réservataire exigeant, au profit d'un autre acquéreur moins exigeant et prêt à acheter la construction telle qu'elle est. A notre avis, toute la question est de savoir si la sévérité de la Cour suprême ne permet pas finalement d'arriver quelquefois à cette fin...

III. *Portée de la jurisprudence.*

295. L'application rigoureuse de la loi implique que le réservant doit notifier la vente au réservataire. Cette exigence le rapproche du pacte de préférence. En revanche, le désir de voir respecter à tous les stades de la construction la liberté du réservant n'en fait pas un contrat équilibré dans tous les cas. Le refus par la Cour suprême de voir dans certains contrats une promesse unilatérale de vente a pour effet de rejeter hors du champ d'application de l'article 1840-A du C.G.I. le contrat préliminaire. C'est une source de litiges en moins, puisque, comme on le sait, certains contractants indéliçats se servent de l'omission de cette formalité pour se libérer des obligations qui leur apparaissent gênantes.

34. Cass. civ. III, 24 nov. 1977 : J. C. P. 1979, II, 19037 ; Bull. civ. III, n. 411, p. 311.

35. Cass. civ. III, 28 juin 1977 : J. C. P. 1978, II, 18785.

La décision de principe du 24 novembre 1977³⁶ fournit à MM. Malinvaud et Jestaz l'occasion de mettre l'accent sur le déséquilibre que peut créer une telle convention dans la mesure où le constructeur n'est pas d'une totale bonne foi.

296. L'arrêt retient deux principes :

a) le réservant peut librement modifier la consistance et les éléments prévus au contrat préliminaire. Les auteurs insistent sur le fait que, s'il apparaît comme normal que le constructeur ait une certaine liberté, puisque telle est la loi, cette liberté devrait être interprétée restrictivement et non aussi largement qu'en l'espèce. Nous nous trouvons devant une présomption de bonne foi dans tous les cas, et c'est bien souvent le réservataire qui en fait les frais.

b) le réservataire est toujours libre de refuser la vente si les conditions précisées à l'article 35 du décret de 1967 sont remplies, mais il doit alors abandonner son dépôt de garantie. On doit se demander si cette option est une garantie de justice. Si, en effet, on peut affirmer que l'option du bénéficiaire dans un contrat d'option est une garantie de justice parce que le prix librement débattu entre eux est l'équivalent du service rendu, que le bien est déterminé et choisi dès la formation du contrat et qu'il devra être livré tel qu'il a été promis. Dans le cas du contrat préliminaire, les données sont quelque peu différentes, et, la décision finale est indirectement imposée par le promoteur.

Si les modifications n'ont pas dévalué l'immeuble de plus de 10 %, le réservataire ne peut plus renoncer sans perdre son dépôt de garantie. Or, un immeuble même dévalué de moins de 10 %, peut n'être pas totalement identique au bien réservé.

Si les modifications ont été très importantes, le réservataire peut reprendre son dépôt de garantie et renoncer à l'achat, mais il n'a plus l'immeuble qui lui convenait et doit chercher autre chose avec tous les inconvénients que cette recherche entraînera.

En définitive, plus la liberté du réservant est grande, moins la liberté du réservataire est réelle.

297. Or, l'acquéreur d'un immeuble peut être considéré comme un consommateur. C'est pourquoi, MM. Malinvaud et Jestaz, dans la note sous l'arrêt précité, ne craignent pas de parler de « clause abusive ». Ce consommateur qu'est le réservataire doit être protégé, si cette protection ne va pas à l'encontre de l'esprit de la loi ; c'est ce qui se passe lorsque le promoteur, après avoir testé le marché, a obtenu les crédits et a commencé la réalisation du projet réservé. Dès ce moment, le réservataire doit être protégé par les dispositions du décret du 24 mars 1978³⁷. Le contrat préliminaire

36. J. C. P. 1979, II, 19037.

37. Selon l'article 3 du décret du 24 mars 1978, voici la définition de la clause abusive : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, est interdite la clause ayant pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre. »

répond exactement à la définition de la clause abusive : le contrat est passé entre un consommateur et un professionnel, la clause a été imposée par un professionnel ayant, de par la loi, une position de force afin de se procurer un avantage excessif.

La Cour de cassation, par sa jurisprudence restrictive et unitaire, creuse le fossé entre le contrat d'option et le contrat préliminaire. Elle refuse une conception dualiste souple ainsi que tout rapprochement avec le contrat d'option.

La pratique notariale qui consiste à annexer au contrat préliminaire une offre de vente en bonne et due forme — quand cela est possible — et que nous avons évoquée antérieurement, permet de donner au réservataire une garantie supplémentaire. Il faut pour cela que le projet soit avancé et que le réservant soit d'accord.

B. Cas des ventes conclues après achèvement et précédées d'un contrat préliminaire conclu avant achèvement.

298. Certaines ventes sont conclues après achèvement bien que l'immeuble ait été réservé par contrat avant la fin de la construction. C'est ainsi qu'un constructeur de maisons individuelles peut proposer à la vente des maisons dont toutes les caractéristiques et les éléments sont déterminés par référence à une maison témoin déjà construite³⁸. Il signe une convention peu avant l'achèvement de l'immeuble ; cette convention doit-elle être qualifiée de contrat préliminaire ou de promesse unilatérale de vente ?

Le 15 février 1971³⁹, la Cour de Paris estima qu'une telle convention « n'entrait pas dans les prévisions des articles 11 et 6 de la loi du 3 janvier 1967 ».

Selon cette décision, le seul critère à considérer est la nature de la vente : l'immeuble étant achevé, la vente n'est plus une vente d'immeuble à construire, l'avant-contrat n'est pas, en conséquence, un contrat préliminaire au sens de la loi de 1967.

MM. Malinvaud et Jestaz critiquèrent l'arrêt sur le point suivant : il permettait aux promoteurs de se soustraire aisément aux exigences de la loi de 1967. En différant la signature de l'acte de vente jusqu'à l'achèvement, ils pouvaient se mettre hors du champ d'application de la loi et conclure une véritable promesse de vente assortie d'une indemnité d'immobilisation plus importante que le dépôt de garantie⁴⁰.

299. Postérieurement, la Cour de Paris juge que le contrat par lequel « un contractant s'engage, en contrepartie d'un dépôt de garantie, à réserver à l'autre partie, un immeuble à construire et

38. Le cas est plus fréquent chez les constructeurs de maisons individuelles, car la charge financière à supporter est moins lourde que pour un immeuble composé de nombreux appartements.

39. Paris, 17^e, 15 février 1971 : J. C. P. 1972, II, 17098, note P. Meysson et M. Tirard.

40. Le droit de la promotion immobilière, op. cit., n. 317.

qui contient les indications exigées par la loi du 3 janvier 1967 en ce qui concerne la construction, constitue un contrat préliminaire prévu à l'article 11 de ladite loi, alors même que la vente prévue devait porter sur l'immeuble achevé.

C'est la position inverse qui a été adoptée ici par la 7^e chambre ; peu importe, dans cet arrêt, la nature de la vente, il faut considérer seulement la forme de la convention précédant le contrat de vente ⁴¹.

Cette décision ne résout pas pour autant toutes les difficultés. Elle paraît ne considérer que la forme du contrat. Quid si celui-ci ne respecte pas les formes exigées par la loi de 1967 ? Sera-t-il nul ? Il serait souhaitable que la Cour suprême se prononce, sinon le réservant ne sera pas à l'abri d'une nullité de la convention.

300. Le 21 juin 1977 ⁴², la 3^e Chambre de la Cour de cassation se prononce sur une vente conclue après achèvement mais le litige ne lui fournit pas l'occasion de régler la question. La Cour d'appel d'Aix avait estimé que la convention litigieuse n'était pas un contrat préliminaire, mais qu'il s'agissait en réalité d'une promesse synallagmatique de vente ; que l'opération envisagée n'était pas une vente d'immeuble à construire, mais une vente d'immeuble achevé hors du champ d'application de la loi de 1967. L'arrêt s'appuyait, pour ce faire, sur l'état d'achèvement de l'immeuble et les différentes dates de l'opération : 4 juillet 1972 pour la réservation, 25 juillet 1972 pour l'acte d'acquisition notarié et 30 octobre 1972 pour la livraison de l'immeuble. La Cour suprême a admis la disqualification du contrat préliminaire en promesse synallagmatique de vente sous condition suspensive de réalisation par acte authentique. Les dates rapprochées rendaient vraisemblable la solution adoptée.

Bien que l'arrêt rejette le pourvoi, on peut néanmoins regretter que la Cour suprême n'ait pas pris une position plus nette à l'occasion de ce procès : la vente était celle d'un immeuble achevé, le contrat de réservation était conclu avant l'achèvement, la Cour aurait pu donner le critère du champ d'application de la loi de 1967. Si le critère était la nature de la vente, l'opération était hors du champ d'application de la loi et le contrat de réservation était un contrat d'option ; si le critère était l'époque du contrat préliminaire, la convention était un contrat préliminaire soumis aux conditions de la loi de 1967. La Cour suprême a préféré admettre la qualification de la Cour d'appel. Toutefois, implicitement, on peut y voir une certaine intention d'adopter le critère de l'époque à laquelle est conclu le contrat préliminaire, du fait même que, pour sauver la convention de la nullité, elle admet une qualification appropriée.

La solution serait désormais celle-ci : tout contrat de réservation passé avant l'achèvement de l'immeuble doit être un contrat préliminaire soumis aux exigences de la loi de 1967 (désormais du C.C.H.), même si l'immeuble est vendu achevé.

41. Paris, 7^e, 29 juin 1976 : J. C. P. 1977, II, 18524.

42. Cass. civ. III, 21 juin 1977 : D. S. 1979, 571, note Nguyen Phu Duc.

Conclusion

301. L'analyse du contrat préliminaire fait apparaître que le désir du législateur a été de faire du contrat préliminaire un contrat formaliste : la rédaction d'un écrit et le contenu de cet écrit est imposé aux contractants. Ce formalisme est destiné à protéger la liberté du constructeur, l'équilibre entre les parties étant, en théorie, rétabli par un dépôt de garantie faible et devant être restitué dans des hypothèses limitativement énumérées (art. 261-31 CCH). Conformément à l'habitude, la jurisprudence s'est trouvée confrontée à des cas limite qui auraient justifié de sa part une prise de position plus souple : telle n'a pas été la solution adoptée. L'interprétation restrictive et unitaire de la loi de 1967 par la jurisprudence a éloigné le contrat préliminaire du contrat d'option. Doit-on regretter ? Oui, dans la mesure où celui-ci aurait évité une certaine mauvaise foi dans l'exécution d'un projet très avancé et qui a fait l'objet d'une publicité détaillée et destinée à faciliter le marché. A notre avis, le critère de la nature de la vente (c'est-à-dire la vente d'un immeuble achevé ou non) devrait être préféré à celui de la forme de la convention ou de la date du contrat de réservation, car il permettrait d'élargir le champ du contrat d'option.

Néanmoins, on fait valoir que le bénéficiaire a intérêt à se placer sur le terrain d'une vente d'immeubles à construire, afin de pouvoir exercer sa garantie des vices apparents exorbitante du droit commun dans ce domaine (Lois des 3 janvier 1967 et 4 janvier 1978)⁴³.

302. Constatons que, dans ce domaine encore, le contrat d'option est une technique choisie dans un but prédéfini : il servirait à lier de manière rigoureuse le vendeur-promettant et à éviter ainsi des surprises de dernière heure au réservataire. Ce contrat représente pour le bénéficiaire une situation moins précaire.

Le législateur et la jurisprudence qui s'oppose à l'assimilation des deux institutions ont apprécié et mesuré les différences qui les séparent. Celles-ci résident dans le formalisme du contenu du contrat, formalisme qui, paradoxalement, exige un contenu volontairement moins précis et moins rigoureux que celui du contrat d'option, et dans le montant maximum du dépôt de garantie.

Mais, *il ne tient pas à la nature du contrat*. La Cour suprême, afin d'accentuer la distinction des deux procédés dit que le « contrat préliminaire est un contrat essentiellement synallagmatique ». Cette formule est qualifiée par certains auteurs d'exagérée, et ceci pour deux raisons⁴⁴ : d'une part, il n'est pas de l'essence du contrat préliminaire d'être synallagmatique, puisque dans le cas où le délai

43. Droit de la promotion immobilière, op. cit., éd. 1980, n. 318s.

44. Th. Massis, thèse précitée, p. 356.

Le contrat préliminaire de la vente d'immeubles à construire.

de réalisation de la vente est supérieur à deux ans, aucun dépôt ne peut être exigé (art. R. 261-28) ; d'autre part, il existe un déséquilibre manifeste entre l'obligation du réservant et celle du réservataire.

303. Le contrat préliminaire est donc comme le contrat d'option une convention de nature synallagmatique. Tous deux donnent naissance à des obligations réciproques et connexes. L'indemnité d'immobilisation et le dépôt de garantie ne sont pas de l'essence du contrat. Le choix de la décision finale est de l'essence du contrat d'option ; quant au contrat préliminaire, il donne naissance à un droit de réservation qui ne peut véritablement être assimilé au droit d'option, nous l'avons dit, mais ce n'est pas notre propos de l'étudier ici. Il suffit de savoir qu'il ne consiste nullement en un pouvoir sur la situation créée par le contrat préliminaire parce qu'il est, en pratique, dépendant de la volonté du réservant.

Si les deux contrats sont de même nature, le contrat de réservation ne présente pas les mêmes garanties que le contrat d'option ; c'est pourquoi, lorsque l'esprit de la loi de 1967 est respecté, le réservataire devrait pouvoir, d'accord avec le réservant, se lier plus étroitement par un contrat d'option.

CONCLUSION GENERALE

304. Ce travail avait pour objet d'étudier la promesse unilatérale de vente en tant qu'institution de nature contractuelle. Notre démarche nous a fait assister à une transformation progressive de la clause d'option, accessoire plus ou moins secondaire d'un contrat de bail ou de vente¹, en un contrat aux contours mal définis, pour arriver enfin à un contrat parfaitement déterminé et détaché aussi bien du contrat de vente que des conventions qui le précèdent. Ce contrat est destiné à réaliser des objectifs spécifiques, c'est la raison pour laquelle il nous est apparu nécessaire de suggérer qu'on le nomme désormais « contrat d'option de vente ». Plusieurs arguments existent en faveur de ce changement de qualification d'un contrat arrivé à sa pleine maturité.

305. Tout d'abord, il est logique de qualifier le contrat par son objet : de même que l'on dit contrat de vente, de bail, d'échange ou de mandat, on devrait dire contrat d'option de vente conformément à la tradition du droit positif.

Ensuite, cette appellation évitera les confusions possibles entre « promesses acceptées en tant que telles » (contrats d'option) et promesses acceptées (promesses unilatérales devenues synallagmatiques par la levée d'option), dénominations équivoques rendant difficiles la compréhension ou l'interprétation de certains textes, actes juridiques ou même décisions de jurisprudence qui mentionnent seulement la formule « promesse acceptée », quand ce n'est pas tout simplement « promesse de vente ».

Enfin, la qualification de promesse « unilatérale » ne se justifie plus aujourd'hui : elle s'expliquait par le fait que le bénéficiaire n'avait aucune obligation envers le promettant, elle signifie désormais que seul celui-ci s'est engagé à vendre tandis que celui-là s'est réservé la faculté d'acquérir. Mais le contrat d'option n'est pas un contrat unilatéral, c'est un contrat spécial de caractère synallagmatique. Promettant et bénéficiaire s'engagent à des obligations réciproques et connexes.

Notre étude a porté essentiellement sur les éléments de formation de ce contrat, sur son évolution et sur sa finalité. La situation

1. G. Rebour, De la clause d'option dans les contrats et de son application spécialement en matière commerciale, 1927.

temporaire créée par la volonté même des parties a retenu toute notre attention et nous avons laissé volontairement de côté ce qui n'était pas caractéristique de l'institution.

306. La transformation de la promesse unilatérale de vente est en étroite relation avec l'évolution économique et sociale. Celle-ci a provoqué un changement d'état d'esprit chez les contractants. Il y a une psychologie de la promesse unilatérale comme il y a une psychologie de la vente.

Dans la période précédant la seconde guerre mondiale, les terrains ne manquent pas, les immeubles non plus, l'option jointe à un bail n'est pas une mesure spéculative. Certes, il est naturel que le propriétaire en retire un certain profit, ne serait-ce que celui de ne pas avoir à chercher un acquéreur éventuel pour son bien, mais le profit est raisonnable et il est plus désireux de faire une faveur au locataire que de réaliser une véritable affaire. Le contrat de promesse unilatérale à titre principal est relativement moins fréquent puisque le marché immobilier est calme ; il est utilisé pour rendre l'offre irrévocable à seule fin d'éviter les litiges qui seraient provoqués par le retrait fautif de l'offre. L'immobilisation des capitaux existe mais ce n'est pas encore une situation habituelle. En outre, la rédaction de telles conventions n'est soumise à aucune règle.

Après la seconde guerre mondiale, le marché des affaires s'agite, les transactions immobilières s'accroissent ; les propriétaires sont l'objet d'offres d'achat répétées et pressantes. La spéculation s'installe, les promesses de vente sur des biens en voie de raréfaction deviennent des biens convoités. Elles procurent par leur cessibilité des revenus occultes importants. L'esprit des contractants se transforme également. Ils recherchent l'efficacité, le profit personnel et voient principalement dans la promesse unilatérale le moyen d'immobiliser à leur profit un bien sans pour autant avoir les capitaux disponibles pour l'acquérir. Cette technique est tout à fait adaptée au but qu'ils recherchent. Elle leur assure une situation sûre bien que provisoire, elle apparaît comme la seule possible pour différer la formation même du contrat de vente tout en liant le promettant.

307. Néanmoins, corrélativement, cet attrait du profit immédiat entraîne les contractants à utiliser cette convention comme instrument de fraude. Elle représente le moyen idéal pour se soustraire aux textes réglementant la vente, la généralisation de l'indemnité d'immobilisation procure au promettant un revenu appréciable et le plus souvent non déclaré.

La promesse devenue suspecte (à plus ou moins juste titre, car il ne faut généraliser), l'administration, lasse d'être frustrée d'impôt sur les revenus restés occultes, provoque la loi fiscale de 1963 et soumet toutes les promesses de vente sous seing privé à la formalité de l'enregistrement à peine de nullité d'ordre public. Une mesure de cet ordre est tout à fait exceptionnelle. Elle traduit la ferme volonté du législateur de contrôler les gains importants provenant des cessions de promesses et espère peut-être par ce moyen

diminuer la spéculation. En effet, d'habiles intermédiaires négocient au meilleur prix des terrains et les revendent à des constructeurs en réalisant d'importants profits. En tout état de cause, les tribunaux accueillent cette loi avec réticence. Leurs décisions témoignent de leur désir de concilier l'application nécessaire de la loi avec la solution juste et raisonnable. Ils donnent du texte une interprétation tout à fait restrictive.

308. Nous avons pu constater que malgré les aspects négatifs, cette loi a eu une influence décisive sur la notion du contrat d'option. C'est à dater de son application que celui-ci a pu véritablement être classé dans les contrats spéciaux. C'est également la première manifestation d'un formalisme qui va s'appesantir au fil des années.

L'utilisation de la convention comme moyen de fraude tend effectivement à diminuer. Le contrat d'option devient une véritable technique de financement irremplaçable tant en matière mobilière qu'immobilière; elle reste aussi un procédé de modulation du simple contrat de vente conclu entre particuliers.

Toutefois, cette période, marquée par la toute-puissance du législateur (surtout depuis la constitution de 1958) alliée à une certaine méfiance envers les décisions des juges, voit la sphère contractuelle enserrée dans des formes contraignantes et le contrat d'option est atteint soit par contrecoup du contrat de vente soit directement. L'acquéreur non professionnel est un consommateur, il doit être protégé et le législateur se fait protecteur. Parallèlement, les contractants, professionnels ou non, sont plus avertis de leurs droits. Ils veulent signer des contrats bien rédigés exprimant clairement leurs accords. Ils exigent que les stipulations qu'ils ont débattues et acceptées soient sans équivoque². Les praticiens notaires ou intermédiaires professionnels préconstituent les actes à signer, leurs clients n'ont plus qu'à choisir les clauses qui leur conviennent selon les modalités qu'ils adoptent. L'évolution de cette convention a été lente mais constante. Nous avons vu que les textes législatifs visent aujourd'hui expressément la promesse unilatérale de vente et reconnaissent par là même qu'elle constitue un contrat autonome parfaitement défini. C'est pour cette raison que l'on doit se poser la question de savoir quelle place l'on doit lui réserver dans le droit des contrats (I) et quelle évolution il faut souhaiter dans les années à venir pour qu'elle réponde aux besoins des utilisateurs (II).

I. Place du contrat de promesse unilatérale dans le droit des contrats.

309. Le contrat de promesse unilatérale fut ignoré du Code

2. A moins que, dans un but plus ou moins avouable, ils préfèrent l'équivoque, notamment pour échapper à l'enregistrement, tout en prenant le risque d'un litige toujours possible.

jusqu'en 1949 : la loi du 28 novembre ajoute alors un deuxième alinéa à l'article 1675 consacré à la lésion dans les ventes d'immeubles. Par ce texte, le Code entérine une institution dont il n'a jamais mentionné l'existence ni donné la moindre définition. Cette lacune rendait obligatoire l'interprétation des rares dispositions consacrées aux « promesses de vente » sans autre précision pour savoir si elles entraient ou non dans leur champ d'application, telle la loi du 30 juillet 1930 (art. 1589 § 2). La loi de 1963 uniquement consacrée à la promesse unilatérale fut suivie du décret du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière et des lois de 1978 et 1979 relatives à la protection des consommateurs. Néanmoins, certains textes laissent encore planer le doute en ne précisant pas de quelle promesse de vente il s'agit. Par exemple, la loi du 3 janvier 1967 dispose que toute promesse de vente autre que le contrat préliminaire est nulle. Or il est établi maintenant que le législateur a visé les promesses unilatérales.

310. *L'accumulation des textes applicables au contrat d'option permet-elle de le qualifier de contrat formaliste ?* Nous savons que la liberté contractuelle se manifeste par une triple faculté : contracter ou non, choisir la personne du cocontractant et déterminer librement les clauses du contrat³. Elle a été respectée quant à la passation du contrat et au choix du contractant, mais elle s'effrite en ce qui concerne le contenu du contrat. Le premier responsable en est, bien sûr, le législateur, mais on peut également affirmer que la jurisprudence a imprimé au contrat un certain formalisme au sens large du terme.

Sur certains points, la jurisprudence a précédé le législateur en contribuant à imposer certaines formes destinées à éviter ambiguïtés et litiges. Contrairement à son habitude, le juge n'a alors pas créé une norme par interprétation de la loi : telle est la jurisprudence en matière d'acceptation de la promesse « en tant que telle ». La loi de 1963 n'a jamais qu'entériné les décisions qui distinguaient l'offre avec délai de l'offre contenue dans le contrat d'option. Telle est encore la jurisprudence qui a reconnu que l'indemnité d'immobilisation était la cause du contrat et l'a détachée de l'acompte et de la clause pénale. Les décisions réitérées et constantes impriment au contrat une structure spécifique dont les contractants avertis s'inspirent volontairement. Une convention informelle est source de litiges ; loin de diminuer, cette source s'amplifie avec la multiplication de ces conventions. Il est de l'intérêt des contractants ou de leurs conseils de connaître les décisions des juges et d'en tenir compte. Les praticiens composent leurs actes en fonction des solutions adoptées et le contrat comporte ainsi un certain nombre de clauses qui offrent une garantie supplémentaire aux parties en assurant la sécurité à leurs transactions. Le juge s'impose aussi dans le contenu du contrat lorsqu'il disqualifie une pro-

3. J. Ghestin, op. cit. Le contrat, n. 39 et 40.

messe unilatérale équivoque en promesse synallagmatique en présence d'une indemnisation très élevée.

Il est inévitable que le juge, par les solutions qu'il adopte impose à une convention sa structure définitive. Néanmoins ces solutions ne peuvent être que l'émanation de la volonté des parties. Le législateur n'a pas les mêmes obligations, ses règles sont impératives et ignorent la volonté des parties. En ce qui concerne le contrat d'option, le législateur a imposé ses règles non dans les éléments constitutifs de la convention mais dans son régime. On peut donc affirmer que celle-ci est en passe de devenir un contrat formaliste.

311. Contrat spécial, nous l'avons dit maintes fois, contrat dans une certaine mesure formaliste, *peut-on aller jusqu'à le qualifier de contrat nommé ?*

Le contrat nommé entre dans la classification traditionnelle des contrats, c'est pourquoi nous nous posons la question, bien qu'à certains égards elle apparaisse inutile puisque nous avons démontré que son objet spécifique en faisait un contrat spécial.

Les contrats nommés (qualificatif emprunté au droit romain) désignaient ceux qui étaient définis précisément par le Code civil, parce que la doctrine s'accordait pour dire que l'article 1107 supposait tacitement cette classification⁴. La liste était limitative, vouée à l'immutabilité et, en l'absence d'une volonté exprimée par les contractants, il suffisait de se référer aux règles du Code dès lors que le contrat était qualifié. La distinction a paru longtemps inutile puisque, nommés ou innomés, et contrairement au droit romain, les contrats sont valables et soumis aux règles générales des textes qui leur sont applicables.

312. On désigne aujourd'hui par contrats nommés ceux « auxquels la loi, le règlement ou l'usage ont donné un nom et dont le régime est plus ou moins fixé par un texte à condition qu'ils présentent une individualité nettement accusée »⁵, quoique certains auteurs soient plus restrictifs⁶. Le contrat nommé serait celui dont le législateur reconnaît l'originalité en le nommant dans sa réglementation ou en lui appliquant une réglementation spécifique.

Cette classification semble prendre un regain d'importance dans la mesure où la prolifération des règles impératives et la réticence des contractants à s'y soumettre a suscité l'apparition de conventions inconnues. La qualification du contrat litigieux impose à celui-ci la réglementation applicable au contrat nommé. La doctrine moderne souligne l'influence du développement considérable de la législation sur l'importance de la classification⁷. Dans cette

4. Colin et Capitant, 1959, t. II, n. 574 par Julliot de la Morandière.

5. Weill et Terre, Les obligations, 3^e éd., 1980, n. 41.

6. Flour et Aubert, Les obligations, vol. I, n. 89 : « Le contrat nommé est celui qui est réglementé par la loi laquelle en détermine les conditions et les effets ».

7. J. Ghestin, op. cit., Le contrat, n. 23, p. 15.
Weill et Terre, op. cit., loc. cit.

optique, nous pouvons affirmer que le contrat d'option entre dans la catégorie des contrats nommés. La spécificité et l'individualité que le législateur lui reconnaît le détache complètement des autres conventions destinées à préparer le contrat de vente.

Quoiqu'ayant trouvé sa place dans les contrats et sa structure définitive, le contrat de promesse unilatérale ne répond pas à tous les besoins de ceux qui l'utilise.

II. *Quelle évolution faut-il souhaiter pour le contrat de promesse unilatérale de vente ?*

313. Le contrat d'option ne constitue plus seulement le procédé occasionnel commode à la disposition de certains propriétaires désireux de faciliter la vente de leurs biens. C'est désormais une véritable technique telle que le définit M. Virally, c'est-à-dire un instrument « dont disposent les simples particuliers grâce auquel ils peuvent satisfaire plus ou moins complètement leurs désirs et leurs besoins »⁸. Il offre une situation privilégiée au bénéficiaire qui n'a plus qu'à faire connaître sa décision. C'est aujourd'hui un procédé de commercialisation rapide favorisant la circulation des biens et l'activité économique.

Le législateur doit intervenir s'il juge nécessaire de protéger un intérêt supérieur économique et social ou un intérêt privé. Le formalisme a son utilité et, de plus, il n'est pas incompatible avec le consensualisme.

Ainsi, le doyen Geny écrivait : « le formalisme juridique... n'est pas un monopole des législations archaïques qui serait fatalement destiné à disparaître avec le progrès de la civilisation... S'il a pu varier dans ses manifestations, il semble, en lui-même, devoir compter toujours parmi les instruments d'une bonne technique juridique »⁹.

314. Le législateur doit concilier les règles qu'il édicte avec le respect du consensualisme. Il apparaît que ce n'est pas toujours facile... En effet, « le principe du consensualisme demeure fondamental », note M. Rieg... « libérés de la tutelle des rites et des formalités, les contractants s'engagent solo consensu. Cette règle demeure même si les dérogations au consensualisme se sont multipliées dans le droit contemporain »¹⁰.

On peut distinguer deux sortes de formalités pouvant être exigées des contractants : celles qui conditionnent la validité du contrat

8. Michel Virally, *La pensée juridique*, 1960, p. XXVII. Cet auteur ajoute que le droit peut être défini comme un arsenal de procédés techniques dans lequel chacun vient puiser en vue de la réalisation de fins sociales ou individuelles, mais que, néanmoins, il ne faut pas le réduire à cela.

9. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, 1925, n. 206 in *Etudes offertes à G. Ripert*, 1950, p. 93.

10. A. Rieg, *Modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français*, Travaux Ass. Capitant 1968, p. 40.

et celles qui ne sont requises que « comme une exigence supplémentaire dont dépendent certains effets du contrat »¹¹. Les lois des 10 janvier 1978 et 13 juillet 1979 relatives à la protection de l'emprunteur non professionnel s'attaquent au contenu même du contrat et conditionnent sa validité. Elles présentent un danger en ce qu'elles tendent à limiter, par le mécanisme des délais, le choix véritable du contractant. Or, le choix du bénéficiaire est de l'essence du contrat d'option. S'il n'y a plus libre choix, il ne peut y avoir contrat d'option. Les autres formalités que l'on peut qualifier de « complémentaires » constituent, selon les termes de M. Carbonnier, une forme de « contrôle social » et sont l'enregistrement et la publicité foncière¹². L'un et l'autre ont été prévus pour la promesse unilatérale mais ces mesures doivent être revues.

315. L'exigence de l'enregistrement a notamment contribué à la quasi-disparition des promesses occultes, mais elle a eu des aspects positifs non négligeables. La loi de 1963 a permis la remise en cause de conventions parfaitement valables hormis ce vice de forme à la seule demande de contractants de mauvaise foi. C'est pour cette raison, à seule fin d'assurer l'équité et la sécurité des transactions que le juge a réagi dans la mesure de ses possibilités. En effet, si certains contractants n'ont pas envisagé lors de la formation de leur contrat, volontairement ou non, la formalité de l'enregistrement, faut-il que le juge, au mépris d'une solution équitable sanctionne un acte qui est la traduction exacte d'un réel désaccord entre les parties¹³ ? Evidemment, le législateur ayant assorti le défaut d'enregistrement d'une nullité d'ordre public, il ne s'agissait pas pour le juge de s'opposer directement à cette mesure, mais il a fait appel à des solutions détournées pour concilier équité et légalité. C'est à la lumière de ces constatations que l'on peut se demander s'il faut accentuer la pression législative, dans un domaine où la liberté contractuelle est nécessaire. M. Carbonnier fait observer que le législateur répand l'angoisse autour de lui et que toute loi, « même excellente dans son contenu est un mal par le trouble qu'elle apporte dans le psychisme des sujets. Avec les avantages sociaux qu'il (le législateur) en attend, il doit toujours mettre en balance les inconvénients de l'influence pesante et néfaste que toute réglementation exerce sur la tranquillité des esprits¹⁴. » L'enregistrement de la promesse unilatérale est, nous croyons, désormais assimilé par les français et elle a produit les effets escomptés, mais se pose encore la question de la publicité foncière.

11. J. Ghestin, op. cit. Le contrat, n. 266.

12. J. Carbonnier, *Flexible droit*, p. 200.

13. J. Flour : « Lorsque le juge doit trancher le débat entre deux hommes dont l'un prétend échapper à ses engagements à la faveur d'une simple irrégularité matérielle ; s'il est convaincu qu'en fait le consentement a été libre et conscient, comment ne souhaiterait-il pas imposer au plaideur de mauvaise foi le respect de la parole donnée. » in *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, p. 113, Etudes offertes à G. Ripert.

14. J. Carbonnier, *Flexible droit*, p. 245.

316. Pour les contrats constitutifs et translatifs de droits réels, la publicité concerne la validité même de l'acte qui doit être publié. « Il revient au même, écrit M. Flour, à propos de ces contrats, de ne pas exister ou d'être opposable... là où la seule volonté est impuissante à atteindre pleinement le but qu'elle poursuit, là est le propre du formalisme »¹⁵. Le contrat d'option n'est pas translatif de propriété, il ne s'agit donc pas d'assurer la pérennité et l'opposabilité à tous d'un droit de propriété mais de permettre au bénéficiaire la protection efficace de son droit d'option. Ce droit tout en n'étant pas un droit réel n'est cependant pas tout à fait un droit de créance. Le titulaire désire que le propriétaire du bien promis n'ait plus temporairement « l'abus » de son bien. La publicité foncière est une formalité qui permet de paralyser en quelque sorte la libre disposition du bien. Néanmoins, le décret du 4 janvier 1955 n'offre au bénéficiaire qu'une publicité facultative à laquelle n'est attachée, somme toute, aucun effet. Dans ce cas, n'y aurait-il pas un intérêt à imposer cette formalité aux parties d'un contrat d'option, ou mieux encore, leur permettre une publicité facultative à laquelle serait attachée l'opposabilité de l'acte publié ? En effet, certains auteurs trouvent trop lourd le formalisme imposé pendant une période durant laquelle les contractants ont besoin d'une totale liberté. Ne vaut-il pas mieux imposer des formalités nécessaires que de respecter une liberté inutile ? En outre, il ne s'agit pour le bénéficiaire que de s'opposer temporairement au titulaire de droits tenus du même propriétaire sur le même bien, quelle que soit la nature de ces droits. Il serait donc souhaitable de mettre la publicité foncière à la disposition du titulaire du droit d'option sans pour autant la lui imposer, car l'objectif est seulement de s'opposer à un tiers, le second acquéreur (ou à ses ayants-cause). L'article 37-2 du décret de 1955 prévoit bien une publicité facultative à laquelle est attachée l'opposabilité de l'article 30. Cette disposition pourrait être étendue aux contrats d'option. Une réforme législative serait opportune en ce domaine afin de donner au bénéficiaire la maîtrise de l'aliénation du bien promis.



317. Nous avons démontré que le contrat d'option est désormais un contrat synallagmatique et parfaitement autonome¹⁶. Son originalité le détache totalement du contrat de vente et des autres conventions destinées à moduler celui-ci. Néanmoins, si sa nature est précisément définie et si son régime est connu dans ses grandes

15. Flour, op. cit. loc. cit.

16. Lors de la discussion de la loi du 13 juillet 1979, un débat s'instaura entre le Gouvernement et les Assemblées parlementaires afin de savoir si la condition suspensive devait être imposée dès l'option ou seulement à partir de la levée de l'option. L'Assemblée nationale a décidé que celle-ci devait être inscrite dans le contrat de promesse unilatérale afin que le futur acquéreur ne perde pas la contrepartie qu'il a dû fournir (Journal des notaires 1980, p. 824, art. 55592, G. Delamotte).

lignes, on n'a cependant pas reconnu tous les effets de ce contrat et partant les conséquences qu'ils entraînent nécessairement.

1) Le contrat d'option donne naissance à un droit actuel qui doit être reconnu comme tel. Peu importe la date de la levée de l'option sauf le cas de faute prouvée (ce, pour les pactes sur succession future).

2) La contrepartie fournie par le bénéficiaire est le prix de l'option ; il ne peut être modifié par les juges (il ne doit pas être assimilé à la clause pénale). Seul, un vice du consentement pourrait entacher le contrat de nullité.

3) En outre, la reconnaissance par la jurisprudence de la force obligatoire de l'offre de vente (à l'instar de la Belgique) parachèverait l'autonomie du contrat de promesse unilatérale. Ce serait une étape de plus vers l'harmonisation des droits européens et, qui sait, vers une évolution du concept contractuel...

4) Enfin, la réforme de la publicité foncière donnerait au titulaire du droit d'option un véritable « pouvoir » sur la situation temporaire qu'il a créée avec le propriétaire du bien.

318. La promesse unilatérale de vente n'est plus utilisée par les contractants qui désirent conclure une convention innommée destinée à satisfaire des besoins occasionnels antérieurs à un contrat de vente éventuel, ils font appel désormais aux nombreux contrats provisoires consistant en pourparlers, accords-cadres, lettres d'intention, protocoles d'accord... qui se multiplient dans notre droit contemporain. Le contrat d'option est utilisé par des personnes qui désirent une technique leur offrant toute sécurité. Le droit des affaires, aujourd'hui, comprend deux sortes d'individus : les professionnels ou assimilés qui ne sont pas effrayés par des conventions dues entièrement à l'autonomie de leur volonté, et les particuliers qui désirent être à l'abri de toute mésaventure. Ceux-ci sont à la fois plus avertis qu'autrefois mais aussi plus peureux parce que plus informés. La promesse unilatérale est une convention qui leur convient, le législateur l'a compris.

Enfin, on ne peut manquer de constater que le contrat d'option révèle une grande partie des difficultés que soulève le domaine des contrats dans le droit contemporain : concept contractuel, force obligatoire de la volonté unilatérale, formalisme, équilibre contractuel, protection des contractants.

Si l'intervention du législateur est généralement interprétée comme une atteinte à la liberté contractuelle, on a pu également y voir une autre explication dans la mesure où les textes servent à assurer un réel équilibre dans le contrat en protégeant la partie jugée la plus faible ou la plus vulnérable. La liberté contractuelle serait alors l'assurance pour chacun des contractants que l'autre ne dispose d'aucun moyen pour abuser de sa position de force. Pouvons-nous souscrire à cette interprétation en ce qui concerne la promesse unilatérale de vente ? Celle-ci doit rester du domaine de l'autonomie de la volonté afin de préserver l'essence même du contrat, c'est-à-dire l'option. Si l'autonomie de la volonté engendre une exagération de la toute puissance du contrat, la prolifération

des lois engendre également un vrai danger pour les institutions dont la vocation est de moduler et d'assouplir certaines techniques. Si le législateur désire intervenir, il ne devrait le faire que pour corriger les abus et à la seule condition que la liberté du contractant soit respectée pour tout ce qui touche au contenu même de la convention. L'augmentation croissante actuelle des locations avec promesses de vente fournit la preuve que cette institution peut servir tous les intérêts et toutes les politiques. En période d'expansion, elle a pu favoriser les constructeurs et même les spéculateurs en tous genres, en période de crise économique, elle participe à la lutte contre le chômage et à l'accession à la propriété des revenus modestes.

ANNEXE

L'annexe ci-jointe est un exemple de contrat de promesse unilatérale de vente.

Nous ferons simplement deux observations :

1) la clause relative à la protection de l'emprunteur immobilier mentionne que le prêt sera considéré comme obtenu au moyen de l'acceptation des offres de prêts. Le terme « acceptation » prête à confusion, et nous avons exprimé le souhait qu'il signifie simplement l'accusé de réception de l'offre afin de sauvegarder l'existence véritable d'une option.

2) Le promettant s'oblige expressément à ne faire « aucun acte susceptible de porter atteinte au droit de propriété et aux conditions de jouissance promises au bénéficiaire ». Cette clause est traditionnelle bien que le contrat de promesse lui-même en implique l'existence, mais, tant que la publication foncière ne rendra pas opposable le droit d'option, le propriétaire pourra valablement, dans la plupart des cas, disposer de son bien en violant la promesse.

Promesse de vente sous seing privé

Entre les soussignés :

— M...
né le...
Demeurant à... De nationalité...

— M...
née le...
Demeurant à... De nationalité...
Mariés sous le régime de...

ou (s'il s'agit d'une société)

— La Société X...
société anonyme (ou...) au capital de...
dont le siège social est à... rue... n°...
immatriculée au registre du commerce de... sous
le n°...

Ladite société est représentée par son Président du Conseil
d'Administration, M... agissant en vertu des pouvoirs
qui lui ont été conférés par le Conseil d'Administration
de cette société le... (éventuellement renouvelés le...).

*Promettant
D'une part*

ET

— M...
né le...
Demeurant à... De nationalité...

— M...
née le...
Demeurant à... De nationalité...
Mariés sous le régime de...
(ou la Société X... V. supra)

*Bénéficiaire
D'autre part*

IL A ETE CONVENU CE QUI SUIT :

OPTION DE VENTE

La cessibilité est très difficile à mettre en œuvre lorsque le bénéficiaire a l'intention de demander un prêt. Elle est à déconseiller dans ce cas là.

Déclaration de Command.

V. supra n. 232

Lorsque le bien promis est hypothéqué

Le promettant prend l'engagement de vendre à M... bénéficiaire qui prend acte de cette promesse et se réserve la faculté d'acquérir les biens ci-dessous désignés.

Le promettant accepte que le bénéficiaire cède le contrat de promesse unilatérale à toute personne physique et morale qui lui plaira sous réserve de tous ses droits et actions contre le cédant initial devenant alors caution solidaire au cas où le cessionnaire n'exécuterait pas toutes les charges et conditions stipulées pour la vente.

Le bénéficiaire n'aura la faculté de se substituer une personne de son choix pour lever l'option en ses lieu et place qu'après avoir obtenu l'accord du promettant. Le bénéficiaire se réserve alors de déclarer command dans le délai prévu par la loi ce qu'accepte le promettant.

Le promettant s'interdit tout acte susceptible de porter atteinte à son droit de propriété et aux conditions de jouissance promises au bénéficiaire pendant toute la durée de la promesse. Il déclare que l'immeuble est libre de tout privilège et hypothèque conventionnelle, judiciaire ou légale.

(ou) Le promettant s'oblige à rapporter la mainlevée de l'hypothèque prise le...

Le promettant déclare jouir de toutes ses facultés mentales au jour de la promesse.

DESIGNATION DES BIENS

La description des biens doit être aussi précise que possible puisque c'est elle qui

Le promettant s'oblige à justifier d'une origine de propriété régulière de l'immeuble susdésigné; il déclare que rien ne s'oppose à la vente dont il s'agit.

Le promettant déclare que l'immeuble

détermine définitivement la « chose » à vendre

ou

n'est grevé d'aucune servitude autre que celle résultant de la situation naturelle des lieux, de la loi ou de l'urbanisme.

Le promettant déclare que l'immeuble susdésigné n'est grevé à sa connaissance d'aucune autre servitude que celle constituée par le passage...

PRIX DE VENTE

si le vendeur est légalement tenu de payer lui-même la T.V.A.

La vente, en cas de réalisation, aura lieu moyennant un prix total de
... F T.T.C.

ou

un prix principal de
... F Hors taxe auquel il y aura lieu d'ajouter soit la T.V.A. au taux de ...% et/ou éventuellement d'autres taxes (taxe de publicité foncière, taxe régionale) à la charge de l'acquéreur.

Ce prix sera payable comptant à la signature de l'acte authentique constatant la réalisation de la vente.

ou

Ce prix sera payable de la manière suivante : ...

Jusqu'à complet paiement du prix, l'immeuble vendu demeurera affecté par privilège au profit du vendeur qui jouira également de l'action résolutoire, le tout conformément à la loi.

CONDITIONS ET CHARGES DE LA VENTE

La vente, si elle se réalise, aura lieu dans les conditions ordinaires de droit et notamment sous celles suivantes :

L'acquéreur prendra les biens dans l'état où ils se trouvent le jour de la promesse sans pouvoir exercer aucun recours contre le vendeur pour quelque cause que ce soit, notamment pour erreur dans la contenance, en plus ou en moins, celle-ci excédât-elle même un vingtième.

ou encore

L'acquéreur prendra les biens dans l'état où ils se trouveront le jour de l'entrée en jouissance sans pouvoir... (le reste sans changement).

servitudes

différentes clauses peuvent être adoptées qui doivent être en harmonie avec celles qui ont été prévues sous le titre : « Désignations des biens ».

L'acquéreur souffrira les servitudes passives apparentes ou occultes, continues ou discontinues grevant lesdits immeubles. ou...

L'acquéreur souffrira seulement les servitudes pouvant résulter de la situation naturelle des lieux, de la loi ou de l'urbanisme. ou...

L'acquéreur fera son affaire personnelle de toutes servitudes administratives et notamment celles résultant de tous plans d'aménagement régionaux et communaux.

L'acquéreur fera son affaire personnelle du paiement de tous impôts fonciers, taxes communales, taxes d'équipement et autres, à compter de l'entrée en jouissance, ainsi que toutes assurances relatives audit immeuble.

Le transfert de propriété de l'immeuble aura lieu le jour de la signature de l'acte authentique constatant la réalisation de la vente; l'entrée en jouissance s'effectuera le même jour, l'immeuble étant libre de toute location ou occupation.

ou en cas d'entrée en jouissance différée

L'entrée en jouissance s'effectuera le... par la prise de possession réelle, l'immeuble étant actuellement occupé par le promettant qui s'oblige à le libérer entièrement à cette date.

ou en cas de transfert de propriété différé

Le transfert de propriété est repoussé à la date du..., date de l'entrée en jouissance.

Les frais et honoraires de l'acte de réalisation de la vente seront à la charge de l'acquéreur.

CONDITIONS PARTICULIERES

Les conditions sont variables à l'infini; elles sont librement débattues entre les parties: bien entendu elles ne doivent être contraires ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public.

En outre, la présente promesse est faite aux conditions particulières suivantes, conditions déterminantes pour les parties:

...

INDEMNITE D'IMMOBILISATION

Les parties ont le libre choix du moment du versement de l'indemnité d'immobilisation, elle peut être également versée après la réalisation des conditions suspensives. Il nous paraît logique de la verser en tout cas dès le moment où peut s'exercer le droit d'option puisqu'elle est la contrepartie de ce droit.

En cas de condition suspensive

Si l'indemnité d'immobilisation a fait l'objet d'un placement par le séquestre

A titre d'indemnité d'immobilisation de l'immeuble ci-dessus désigné le bénéficiaire a versé entre les mains du promettant la somme de ... F. ou...

A titre d'indemnité d'immobilisation de l'immeuble ci-dessus désigné, le bénéficiaire a versé entre les mains de M... (nom, prénoms, profession, domicile) qui accepte, choisi par les parties en qualité de séquestre, la somme de ... F.

Cette somme restera déposée entre les mains du séquestre pendant toute la durée de la promesse.

Si la vente se réalise, cette somme s'imputera, à due concurrence, sur le prix total de vente.

Si l'une des conditions suspensives ci-dessus stipulées ne se réalise pas, l'indemnité d'immobilisation sera restituée au bénéficiaire.

Si les conditions suspensives se réalisent et que le bénéficiaire ne lève pas l'option dans le délai et selon les modalités stipulées :

...l'indemnité d'immobilisation restera acquise de plein droit au promettant, ou

...l'indemnité d'immobilisation sera remise au promettant par le séquestre.

Les intérêts de l'indemnité d'immobilisation resteront attachés à celle-ci.

En cas de prorogation de la durée de la promesse, un complément d'indemnité d'immobilisation peut être prévu.

DOMICILE

Pour l'exécution de la présente promesse et de ses suites, les parties font élection de domicile

ou
... en leurs demeures respectives
... au siège social de la Société X...

DUREE DE LA PROMESSE

Si le bénéficiaire entre dans le champ

d'application de la loi du 13 juill. 1979 la promesse doit être supérieure à un mois puisque la condition suspensive est obligatoirement d'un mois minimum.

Cette promesse est consentie pour une durée de ... mois à compter de ce jour. Elle se terminera donc le ... à ... h. En conséquence, le promettant, à compter de cette date reprendra son entière liberté et ce, sans qu'il y ait besoin de faire une mise en demeure.

LEVÉE DE L'OPTION

Les parties conviennent en général d'un notaire qui reçoit la levée de l'option et constate la réalisation de la vente.

Le bénéficiaire devra manifester son intention d'acquérir par lettre recommandée avec accusé de réception mise à la poste au plus tard à la date indiquée ci-dessus (le cachet de la poste faisant foi). La lettre recommandée devra être adressée au promettant (ou à M^e X... notaire).

L'option ne sera valablement levée qu'avec le versement par le bénéficiaire entre les mains du notaire chargé de dresser l'acte de vente d'une somme de ... F qui complètera celle versée pour l'indemnité d'immobilisation.

L'acte authentique constatant la réalisation de la vente sera reçu par M^e X... chargé de cet acte d'un commun accord entre les parties dans le délai maximum d'un mois à compter de la levée d'option.

FRAIS

Les frais et honoraires dus à l'occasion de la présente option seront à la charge du bénéficiaire.

pour le cas où mandat a été donné à un agent immobilier de négocier la vente.

Les frais et honoraires dus à l'intermédiaire qui a mis en relation le promettant et le bénéficiaire seront à la charge du promettant.

CONDITIONS SUSPENSIVES

Droit de préemption

dans le cas où ils peuvent être exercés c'est-à-dire...

La présente promesse est acceptée sous la condition suspensive que le promettant apporte la preuve que les droits de préemption légaux ne pourront plus être exercés.

en cas de

Z.I.F.

Z.A.D.

Périmètres sensibles

Jardins familiaux

Baux d'habitation

Baux ruraux

S.A.F.E.R.

Certificat
d'urbanisme

La présente promesse est acceptée sous la condition suspensive que le promettant fournisse un certificat d'urbanisme n'entraînant pas une diminution quelconque du droit de propriété et respectant sans réserve la destination prévue pour l'immeuble telle qu'elle résulte du présent acte.

Prêt

Si le bénéficiaire entre dans le champ d'application de la loi du 13 juill. 1979 (V. supra n. 248) l'acte doit être conclu sous la condition suspensive de l'obtention des prêts.

Le bénéficiaire déclare, en cas de levée d'option, payer le prix de la vente avec l'aide de prêts.

La présente promesse est, en conséquence soumise à la condition suspensive de l'obtention du (ou des) prêt. Elle est réputée réalisée dès lors que le bénéficiaire a accusé réception de l'offre de prêt à l'organisme prêteur.

Rappelons que la condition suspensive doit être d'un mois minimum (art. 17 L. 1979)

En tout état de cause, la réalisation de cette condition devra être effectuée par lettre recommandée avec accusé de réception dans le délai stipulé pour la présente promesse à peine de caducité de celle-ci.

Ainsi, passé ce délai, la condition est réputée ne pas s'être réalisée à l'égard du promettant qui sera libéré de tout engagement. La notification de l'offre de prêt à celui-ci devra reproduire les renseignements contenus dans l'offre.

Si le bénéficiaire ne fait pas appel à un prêt ou fait appel à des prêts privés, il portera sur l'acte la formule :

Le bénéficiaire déclare qu'il paiera le prix de vente sans avoir recours à un prêt entrant dans le champ d'application de la loi du 13 juillet 1979. Par suite, le présent acte n'est pas soumis à la condition suspensive de l'article 17 de ladite loi.

Si le bénéficiaire est un professionnel ou que le bien promis est un terrain destiné à un immeuble professionnel ou commercial, ou un immeuble commercial ou professionnel

Le bénéficiaire déclare acquérir des biens dans le cadre de son activité professionnelle.
ou...

Le bénéficiaire déclare acquérir des biens destinés à une activité purement commerciale ou professionnelle et qui ne sauraient être soumis à la loi du 13 juillet 1979.

Dans le cas où l'acte indique que le prix sera payé sans l'aide de prêts, « cet acte doit porter, *de la main de l'acquéreur* », la mention suivante :

« Je reconnais avoir été informé de ce que, si contrairement aux indications portées dans l'acte, je recours néanmoins à un prêt, je ne pourrais me prévaloir des dispositions de la loi du 13 juillet 1979 ».

ENREGISTREMENT

Conformément à l'article 1840-A du Code général des impôts, la présente promesse unilatérale de vente sous seing privé sera enregistrée dans le délai de dix jours au droit fixe.

Il en sera de même pour toute cession de la promesse.

Tous pouvoirs sont donnés au porteur d'un exemplaire du présent acte pour effectuer toutes formalités d'enregistrement, et autres s'il y a lieu, relatives audit acte.

Les promesses de vente peuvent être publiées (art. 37-1-1°. D. janv. 1955. V. supra n.168) Lorsque les parties sont ignorantes du droit français le rédacteur professionnel a le devoir de procéder à la formalité de l'enregistrement.

Pour l'enregistrement, les parties doivent déposer, pour y

Fait en ... exemplaires
Date et signature des parties.

être conservé un double de l'acte établi sur papier timbré et revêtu des mêmes signatures que l'acte lui-même.

Pour la *publicité foncière facultative*, les parties doivent déposer deux copies de l'écrit dont l'une est faite sur une formule de l'Administration et qui sera conservé au Bureau des Hypothèques, l'autre étant rendu au requérant avec la mention (Publié...). Le Bureau des Hypothèques compétent est celui de la situation de l'immeuble concerné.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX, SPECIAUX ET THESES.

- ATIAS C. — Les biens, t. I. Libr. techniques. 1980.
- AUBERT J.-L. — Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat. L.G.D.J., 1970, thèse Paris, Préface J. Flour.
- AUBRY et RAU — Droit civil français, t. IV, 6^e éd. par Bartin, t. VI, 6^e éd. par Esmein, t. XII, 6^e éd. par Esmein (t. IV, 1942, t. VI, 1951, t. XII, 1958).
- AZEMA J. — La durée des contrats successifs, L.G.D.J., 1969, thèse Lyon, Préface R. Nerson.
- BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE — Cour de droit civil français, 2^e éd., t. VIII par Lagarde, 1936.
- BORÉ J. — La cassation en matière civile, Sirey, 1980.
- BOYER H. — Des promesses unilatérales de vente, 1932, thèse Toulouse.
- CAPITANT H. — La cause des obligations, 1928.
- CARBONNIER J. — Flexible droit, 1^{re} éd., 1969, L.G.D.J.
- CHAUVEAU R. — La pratique des compromis, promesses et options, 1975, J. Delmas et Cie.
- COLIN et CAPITANT — Cours élémentaire de droit civil français, t. II, 1959 par Julliot de la Morandière.
- COZIAN M. — Droit fiscal des affaires, Cours de droit, Paris II, 1979-1980.
- DANZIGER R. — Un problème d'évaluation, l'amortissement dans les sociétés de crédit-bail immobilier. Centre de recherches sur la gestion. Paris-IX-Dauphine. Cahier de recherches, n. 7702.
- DELOMMEZ P. — Les promesses unilatérales de vente, 1947, thèse Lille.
- DEMOLOMBE — Cours de Code Napoléon.
- FIESCHI-VIVET P. — La promesse de contrat, thèse Lyon II, 1973.
- FLOUR J. et AUBERT J.-L. — Les obligations, vol. I, L'acte juridique, Collection U, Armand Colin, 1^{re} éd., 1975.
- GABET-SABATIER C. — La connexité dans le droit des obligations, 1977, thèse Paris.
- GAUDEMET E. — Théorie générale des obligations, 1937.

- GHESTIN J. — Traité de droit civil, Introduction générale par J. Ghestin et G. Goubeaux, 1977.
Le contrat par J. Ghestin, 1980.
- GRELON B. — Les entreprises de services, 1978, Economica, thèse Paris.
- GUERRIERO A.-M. — L'acte juridique solennel, L.G.D.J., 1975, thèse Paris, Préface J. Vidal.
- HOUIN R. — La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux, 1937, thèse Paris.
- HOUCADE X. et THELIER J.-E. — La situation financière des SICOMI, Mémoire Paris-IX-Dauphine, 1977.
- HULST (J.-M. d') — La promesse unilatérale de vente d'immeuble, thèse Aix, 1972.
- JOSSERAND — Cours de droit civil positif français, 1932.
- JUGLART (de) M. et IPPOLITO B. — Droit commercial, 1^{er} vol., 2^e éd., 1975, Editions Montchrestien.
- LOUISLUCAS P. — Volonté et cause, thèse Dijon, 1918.
- LOUSSOUARN Y. — Cours de doctorat, Paris-II, 1969-1970 : Le transfert de propriété par l'effet des contrats.
- MALAURIE Ph. — La cession de contrat, Cours de doctorat, Paris-II, 1976-1977.
- MALINVAUD Ph. et JESTAZ Ph. — Droit de la promotion immobilière, 1^{re} éd., 1976, 2^e éd., 1980.
- MARTY et RAYNAUD — Les obligations, 1^{er} vol., 1962.
- MASSIS Th. — Le contrat préliminaire de la vente d'immeubles à construire, 1979, thèse Paris.
- MAZEAUD H.-L. et J. — Leçons de droit civil, Les obligations, t. II, 5^e éd., 1973, par M. de Juglart, 6^e éd., 1978 par F. Chabas.
- NAJJAR I. — Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, L.G.D.J., 1967, thèse, Préface de P. Raynaud.
- PERROT R. — De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques, 1953, Sirey, Préface de R. Le Balle.
- PLANIOL et RIPERT — Traité pratique de droit civil français, 2^e éd., t. VI par Esmein, 1952, t. VII par Esmein, Radouant et Gabolde, 1954.
- POTHIER — Traité du contrat de vente.
- RAYNAUD P. — Les contrats ayant pour objet une obligation, Cours de doctorat Paris-II, 1978-1979.
- REBOUR G. — De la clause d'option dans les contrats et de son application, 1927, thèse Paris.
- RIEG A. — Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, L.G.D.J., 1961, thèse, Préface de R. Perrot.
- RIPERT et BOULANGER — Traité élémentaire de droit civil, t. II, 1943.
- ROUBIER — Droits subjectifs et situations juridiques, 1963. Dalloz, Coll. Philosophie du droit.
- SAINT-ALARY-HOUIN C. — Le droit de préemption, préface M. Reynaud, L.G.D.J., 1979.

- STARCK B. — Droit civil, Les obligations, 1972, Librairies techniques.
- TAISNE J.-J. — La notion de condition dans les actes juridiques, thèse Lille, 1977.
- TERRE F. — L'influence de la volonté individuelle sur la qualification des contrats, L.G.D.J., 1957, Préface de R. Le Balle.
- THIRION — Le bail avec promesse de vente, 1930, thèse Nancy.
- VERDIER J.M. — Les droits éventuels, 1955, éd. Rousseau.
- VILLERS R. — Droit romain, Les obligations, t. II, 1952.
- VIRALLY M. — La pensée juridique, 1960, éd. Pichon et Durand-Auzias.
- WEILL et TERRE — Droit civil des obligations, Précis Dalloz, 2^e éd. 1976, 3^e éd., 1980.
- ZWEIGERT C. — Du sérieux de la promesse, 1964, Rev. Int. dr. comp. 1964, n. 1, p. 33-44.

ARTICLES ET NOTES.

- AMSELEK — L'étonnement devant le droit. Archives de Philosophie du droit, 1968, p. 163 et s.
- ARMAND-PRÉVOST M. et RICHARD D. — Le contrat déstabilisé, J.C.P. 1979, I, 2952.
- ATIAS C. — note, J.C.P. 1978 (N), doct. p. 291 et s.
- AUBERT J.-L. — Etudes Flour 1979, p. 20, n. 24.
note sous Cass. civ. III, 2 juill. 1969, D. 1970, 150.
- BATTIFFOL H. — La crise du contrat et sa portée. Archives de Philosophie du droit, 1968, p. 17.
- BECQUE E. — note sous Cass. civ. 19 janv. 1942, J.C.P. 1942, II, 1815.
note sous Cass. civ. 24 juill. 1946, J.C.P. 1946, II, 3301.
note sous Orléans, 21 janv. 1948, J.C.P. 1948, I, 4388.
- BERGEL J.-L. — Chronique, Les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d'immeubles à construire, unité ou dualisme ? J.C.P. 1974, Doct. 2669.
Note sous Paris, 2^e, 23 janv. 1975, J.C.P. 1975, II, 18151.
- BEZ J.-M. — La promesse unilatérale de vente d'immeuble. Formulaire. J.C.P. 1981 (N), p. 205 à 217.
- BOCCARA B. — Note sous Cass. com. 8 nov. 1972, J.C.P. 1973, II, 17565.
- BOITUZAT A. — Protection du consentement, respect de l'initiative individuelle et droit de préemption en matière de vente immobilière, D. S. 1979, chr. p. 219.
- BONNEL Y. — Sanction de la promesse de vente, 62^e Congrès des notaires de France, 1964, p. 365 et s.
- BOUSQUET J.-C. — Note sous Cass. com. 2 juill. 1974, D. S. 1975, 762.
- BOYER L. — Encyclopédie Dalloz, V. Promesse de vente.
Les promesses synallagmatiques de vente. Rev. trim. dr. civ. 1949, p. 1 et s.

- BREDIN J.-D. — *Observ. Rev. trim. dr. civ.* 1968, p. 565.
- BULTE H. — *Chron. hypothécaire*, J.C.P. 1972 (N) *Prat.* 5352.
- CAPITANT H. — *Note sous Cass. civ.* 11 janv. 1933 : D. P. 1933, 1, 10.
- CARBONNIER J. — *Observ. Rev. trim. dr. civ.* 1948, p. 350 et s.
- CAVARROC — *Note sous Cass. civ.* 8 nov. 1950, J.C.P. 1950, II, 5870.
- CORNU G. — *Observ. Rev. trim. dr. civ.* 1972, p. 611 et 1978, p. 373.
- DAGOT M. — *Note J.C.P.* 1972, II, 16983.
 Note J.C.P. 1977, II, 18591.
 Note J.C.P. 1979 II, 19223.
 Note J.C.P. 1980 (N) p. 33.
 Note J.C.P. 1980, I, 2973.
- DAVID C. — *Note, J.C.P.* 1980, II, 19377.
- DELMOTTE G. — *Note, Journ. notaires* 1980, art. 55592, p. 824.
- DELOMMEZ P. — *Annexe circulaire du 7 juill. 1980, Gaz. Pal.* 1980, II, *Doct. p.* 478.
- DEMOGUE R. — *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, Rev. trim. dr. civ.* 1905 p. 723 et 754.
 De la nature et des effets du droit éventuel, Rev. trim. dr. civ. 1906, p. 231 et 242.
- DEMOLOMBE — *Cours de Code Napoléon*, 4^e éd. 1869-1870, t. XXIV XXXI.
- DEROUIN Philippe — *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition, Rev. trim. dr. civ.* 1978, p. 1 et s.
- DERRIDA F. — *La clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite, D. S.* 1980, p. 293.
- FLOUR J. — *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme. Etudes offertes à G. Ripert*, p. 113. 1960.
- FOYER J. — *Répertoire civil Dalloz*, 1^{re} éd., V. *Transcription immobilière*.
- FRANCK E. — *Note sous Cass. civ. III*, 4 mars 1971, D. S. 1971, 358.
 Note sous Cass. civ. III, 27 oct. 1975, D. S. 1976, 97.
 Note sous Cass. civ. III, 13 mars 1979 D. S. 1979, 546.
- FREJAVILLE M. — *Les difficultés d'application de la loi du 16 janvier 1940 sur les opérations immobilières. Nécessité d'une réforme, J.C.P.* 1943, I, 310.
 Note sous Cass. civ. 15 janv. 1946, J.C.P. 1946, II, 3034.
- GENY — *Science et technique en droit privé positif, Etudes offertes à G. Ripert*, 1950, p. 93.
- GHESTIN J. — *La promesse unilatérale de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant est-elle un pacte sur succession future ?*, D. 1970, *chron.* p. 89 et s.
 Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, chron. D. 1981, p. 1 et s.
 Note sous T.G.I. Nice, 24 oct. 1970, J.C.P. 1971, II, 16866.
- GIVERDON C. — *Observ. Rev. trim. dr. civ.* 1976, p. 579.
- GOUBEAUX G. — *Note sous Paris*, 15 mars 1974, II, 17786.
 Defrénois 1979, art. 31987 p. 753.
- HAGE-CHAHINE F. — *Essai d'une nouvelle classification des droits privés, Rev. trim. dr. civ.* 1982, p. 705 s.

- HEBRAUD P. — Note sous 16 juin 1943, J.C.P. 1944, II, 2576.
- HOUIN R. — L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite, J.C.P. 1980, (C.I.), n. 13283.
- JESTAZ Ph. et GROSLIÈRE J.-C. Rev. dr. imm. 1980, n. 4, p. 439.
- LALOU H. — D. H. 1929, p. 41, Les pactes de préférence.
- LANCEREAU P. — Les contrats de location-vente et de locations assortis d'une promesse de vente et la loi du 13 juillet 1979, Rev. dr. imm. 1980, n. 1, p. 22.
- LAPEYRE A. — La promesse de vente, J.C.P. 1975, n. 12 du 19 mars 1975.
- LARROUMET Ch. — Note sous Cass. crim. 16 janv. 1980, D. S. 1980, inf. rap. 409.
Note sous Paris, 19 mars 1981, D. S. 1981, inf. rap. 443.
- LOUSSOUARN Y. — Rev. trim. dr. civ. 1972, obs. p. 391.
- LUCAS A. — Le recul de la prohibition des pactes sur succession future, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 455.
- LUSSEAU J.-F. — Les problèmes actuels posés par la promesse unilatérale de vente immobilière, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 483 et s.
- MALAURIE P. — Note sous Cass. com. 23 juin 1958, D. 1958, 581.
Defrénois 1975, p. 1009 et s. La cession de contrat.
Note sous Cass. civ. III, 22 févr. 1977, D. S. 1977, 165.
- MALINVAUD P. — La protection des consommateurs, D. S. 1981, chron. p. 49 et s.
- MALINVAUD P. et JESTAZ P. — Le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire (à propos de l'arrêt de la 3^e Ch. civ. de la Cour de cass. du 27 oct. 1975), J.C.P. 1976, I, 2790.
Note sous Cass. civ. III, 24 nov. 1977, J.C.P. 1979, II, 19037.
- MEYNIAL — Comptes-rendus, Rev. trim. dr. civ. 1902, p. 545 et s.
- MEYSSON et TIRARD — Note sous Paris (17^e), 15 fév. 1971, J.C.P. 1972, II, 17098.
- MICHAELIDES-NOVAROS — L'évolution récente de la notion de droit subjectif Rev. trim. dr. civ. 1966, p. 224.
- MOREL R. — La violation d'une promesse de vente, Etudes Capitant 1939, p. 541 et s.
- MORIN — Le compromis, 62^e Congrès des notaires de France, 1964, p. 205.
Note sous cass. civ. 10 oct. 1968, D. 1969, 271.
Defrénois 1969, art. 29291.
- MUNDAY R. — in La formation du contrat, Institut de Droit comparé, 1977, p. 77 et s.
- NAJJAR I. — Pactes post mortem et pactes sur succession future, D. S. 1980, 553. Note sous → Cass. civ. I, 13 juin 1979.
- NERTOUX — Note sous Cass. com. 18 oct. 1960, J.C.P. 1961, II, 11903.
- N'GUYEN PHU DUC — Note sous Cass. com. 7 fév. 1977, D. S. 1978, 703.
Note sous Cass. civ. III, 21 juin 1977, D. S. 1979, 571.
- PARLEANI G. — Note sous Rennes, 30 nov. 1976, D. S. 1978, 302.
- PEISSE M. — La loi n. 79-596 du 13 juill. 1979. Gaz. Pal. 80, 2, doc. 475.

- PENNEAU G. — Note sous Cass. civ. III, 30 janv. 1974, D. S. 1975, 427.
- PIEDELIEVRE A. — Promesse unilatérale de vente et prénotation, Defrénois 1975, art. 30960.
- PLANQUEEL R. — Note sous 8 juill. 1975, Gaz. Pal. 1975, 781.
- POULNAIS M. — Note sous Cass. civ. III, 12 juill. 1976, D. S. 1976, 557.
- RADOUANT — Note sous Cass. civ. 4 mars 1931 : D. P. 1933, I, 73.
- RANOUIL — Note sous Paris (2) 28 mai 1976, Gaz. Pal. 12 oct. 1976.
- RICARD et BONHOMME — La résolution judiciaire pour inexécution des obligations, Rev. trim. dr. civ. 1912, p. 61 et s.
- RIEG A. — Modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, Travaux Association Capitant 1968.
- RIPERT G. — Note sous Lyon 26 juill. 1950, D. 1951, 97.
- SABATIER P. — La promesse de contrat, 62^e Congrès des notaires de France, 1964, p. 138.
- SALLÉ DE LA MARNIÈRE — D. 1960 p. 594, note sous Cass. cit. 3 fév. 1959, p. 592.
- SALEILLES — La responsabilité précontractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1907.
- SAVATIER R. — Délai d'enregistrement des promesses de vente et des cessions de ces promesses. Rev. trim. dr. civ. 1971, p. 61.
- STEMMER B. — Notes, J.C.P. 1978, II, 18903.
J.C.P. 1979 (N) p. 253.
- THUILLIER H. — Les chausses-trappes de la promesse de vente, J.C.P. 1981 (N) 7548.
- VANDAMME J. — Note au D. P. 1934, I, p. 153.
- VIATTE J. — Note sous Cass. com. 6 janv. 1970, Journ. notaires, art. 49992, p. 458.
Des promesses unilatérales de vente, Gaz. Pal. 1973, I, 68.
- VOIRIN — Le pacte de préférence, J.C.P. 1954, I, 1192.
- ZWEIGERT K. — in La formation du contrat, Institut de droit comparé, 1977.

INDEX ALPHABETIQUE

Les nombres renvoient aux numéros et non aux pages.

- Acceptation de l'option de vente, 210 s.
- Agents immobiliers, 222, 225.
- Allemagne, 98.
- Angleterre, 4.
- Arrhes, 38 (note).
- Autonomie de la volonté, 8, 12, 318.
- Bail avec promesse de vente, 26, 47, 84.
- Capacité, 5, 24, 25, 131.
- Cause, 44, 99, 130.
- Cession de contrat, 89.
- Cession de créance, 91.
- Cession de dettes, 91, 92.
- Cession de promesse, 8, 91, 207.
- Clause abusive, 297.
- Clause pénale, 39s, 56s.
- Clause de substitution, 216.
- Command (déclaration de -) 232.
- Communauté européenne, 23, 96.
- Condition potestative, 119, 152, 263.
- Condition suspensive, 113 s, 154, 227, 252.
- Connexité, 76 s.
- Consensualisme, 6, 314.
- Consentement, 5, 20, 131.
- Consommateur (protection du), 2, 11, 12, 240, 297.
- Contrat à titre onéreux, 99.
- Contrat préliminaire, 270 s.
- Contrat unilatéral, 83 s.
- Contrat synallagmatique, 69, 82s, 95s.
- Créance immobilière, 31.
- Crédit (réglementation du), 184.
- Crédit-bail, 48, 238 s.
- Décès, 24, 25.
- Débit, 38 s, 43, 285.
- Délai, 26, 28.
- Dirigisme, 1, 5, 7.
- Disqualification d'une promesse unilatérale par l'Administration fiscale, 49.
- Droit actuel, 3, 52, 150 s, 155, 199.
- Droit autonome, 148 s.
- Droit conditionnel, 151.
- Droit éventuel, 151.
- Droit immobilier, 3, 140.
- Droit personnel, 3, 8, 138 s.
- Droit potestatif, 23, 32, 141 s, 146.
- Droit réel, 145, 146.
- Emprunteur mobilier, V. consommateur.
- Emprunteur immobilier, V. consommateur.
- Engagement unilatéral de volonté, 22, 97.
- Enregistrement des promesses unilatérales incluses dans un contrat de crédit-bail, 243 s.
- Enregistrement, 209 s.
- Etats-Unis, 4.
- Fonds de commerce (vente de), 41, 192.
- Force obligatoire de l'offre de vente, 4, 22, 23, 96, 97, 98.
- Formalisme, 14, 15, 248, 310, 313.
- Formalité du « Bon pour », 85.
- Formulaire V. Annexe.
- Fraude, 164, 182, 206.
- Impôt direct, 67.
- Indemnité d'immobilisation, 4, 9, 37, 41 s, 54 s.
- Leasing, 48 s.
- Lésion, 131 (note).
- Levée d'option, 5, 11, 25, 131, 219.
- Libéralisme, 7.
- Liberté contractuelle, 11 s.
- Location-gérance, 90, 195.
- Location avec promesse de vente, 47, 52, 234 s.
- Location-vente, 49, 187, 189.
- Lotissement, 229, 230.
- Notaire (devoir de conseil), 225.
- Nullité d'ordre public, 10, 208.
- Objet de l'obligation, 130.
- Objet du contrat, 2, 74.
- Obligations alternatives, 76.
- Obligation de donner, 3, 30.
- Obligation de faire, 31, 32, 122.
- Obligation de ne pas faire, 31, 32, 122.
- Offre de vente, 21 s, V. Force obligatoire.
- Option sans délai, 27.
- Pacte de préférence, 170, 173, 256 s.
- Pacte de préférence de bail, 173.
- Pacte sur succession future, 153, 200.
- Prêt, 250.
- Prix de vente, 131.
- Protection du droit d'option, 158 s.
- Promesse bilatérale, 101 s.
- Promesse sur chose future, 131.
- Publicité foncière, 134, 158, 316.
- Règlement judiciaire, 186.
- Régime fiscal de l'indemnité d'immobilisation, 63 s.
- Réitération de la vente, 119.
- Renonciation au droit d'invoquer la nullité de la promesse, 224.
- Réservation d'appartements, 66.
- Restriction au droit de disposer, 142, 168 s., 174 s., 287.
- Stipulation pour autrui, 216.
- Symétrie, 70 s.
- Taxe sur la valeur ajoutée, (T.V.A.), 64.
- Transfert de propriété, 3, 111.
- Vente à crédit, 33 s, 160.
- Violation de la promesse, 49, 188.

SOMMAIRE ANALYTIQUE

INTRODUCTION GENERALE

I. Le contrat d'option est l'expression d'une volonté autonome	26
II. Le contrat d'option jouit-il toujours d'une réelle liberté contractuelle	29

TITRE I^{er}

LE CONTRAT D'OPTION EST UN CONTRAT SYNALLAGMATIQUE	33
--	----

SOUS-TITRE I^{er}

LES OBLIGATIONS DES CONTRACTANTS	35
--	----

CHAPITRE I^{er}

L'OBLIGATION DU PROMETTANT	37
Section I.	
Le contenu de l'obligation	37
A. L'offre de vente n'aura pas à être renouvelée	38
B. Le promettant ne s'oblige que pour un délai déterminé	41
Section II.	
La nature de l'obligation	43
A. Est-ce une obligation de donner ?	43
B. Obligation de faire ou de ne pas faire	45
Section III.	
La violation de la promesse	46

CHAPITRE II.

L'OBLIGATION DU BENEFICIAIRE OU LA CONTRE-PARTIE DE L'OBLIGATION DU PROMETTANT	49
Section I.	
La nature de la contrepartie	50

A. L'obligation du bénéficiaire n'est pas l'application d'une clause pénale	50
B. L'obligation du bénéficiaire est le prix d'une immobilisation	51
<i>Section II.</i>	
La forme de la contrepartie	54
<i>Section III.</i>	
Le régime de la contrepartie	58
A. Le montant de l'obligation peut-il servir de critère	59
B. L'obligation du bénéficiaire d'un contrat d'option ne peut être révisée	60
C. Régime fiscal applicable à l'indemnité d'immobilisation	63
1) en ce qui concerne la T.V.A.	63
2) en ce qui concerne l'impôt direct	65

CHAPITRE III.

LES OBLIGATIONS DES CONTRACTANTS SONT CELLES D'UN CONTRAT SYNALLAGMATIQUE	67
---	----

Section I.

La symétrie des obligations dans le contrat d'option.	67
A. Que doit-on entendre par symétrie des obligations dans le contrat d'option ?	68
B. Quelle est la portée de ce caractère dans les contrats d'option ?	70

Section II.

La connexité dans le contrat d'option	71
A. Fondement de la connexité des obligations du promettant et du bénéficiaire	71
B. Intensité du lien de connexité dans le contrat d'option	72

SOUS-TITRE II.

NATURE DU CONTRAT D'OPTION	75
----------------------------------	----

CHAPITRE I^{er}.

LE CONTRAT D'OPTION EST UN CONTRAT DE NATURE SYNALLAGMATIQUE	77
--	----

Section I.

Le contrat d'option n'est pas un contrat unilatéral.	77
A. Doctrine	77
B. Jurisprudence	79

Section II.

Le contrat peut être qualifié de « contrat virtuellement synallagmatique »	81
--	----

Section III.

Le contrat d'option doit être considéré comme un contrat de nature synallagmatique	83
--	----

CHAPITRE II.

LE CONTRAT D'OPTION ET LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE	87
--	----

Section I.

Le domaine d'application de l'article 1589 c.c.	88
--	----

Section II.

L'article 1589 du Code civil et la convention des parties	91
---	----

A. La condition suspensive peut-elle être un élément essentiel du contrat ?	93
---	----

B. La passation de l'acte authentique peut-elle être qualifiée de condition suspensive ?	95
--	----

Section III.

L'autonomie de la promesse synallagmatique	98
--	----

CONCLUSION DU TITRE I ^{er}	103
---	-----

TITRE II.

LE CONTRAT D'OPTION EST UN CONTRAT AUTONOME	105
---	-----

I. Il se suffit à lui-même	105
----------------------------------	-----

A. Certains de ses éléments constitutifs sont absolument distincts du contrat de vente éventuel.	105
---	-----

B. Certains de ses éléments constitutifs sont communs avec le contrat de vente éventuel	106
---	-----

II. Il est original	107
---------------------------	-----

SOUS-TITRE I^{er}.

LE CONTRAT D'OPTION SE DETACHE TOTALEMENT DU CONTRAT DE VENTE	109
---	-----

CHAPITRE I^{er}.

LE DROIT NE DU CONTRAT D'OPTION	111
---------------------------------------	-----

Section I.

Notion du droit d'option	111
--------------------------------	-----

A. Nature	112
-----------------	-----

1) Le droit d'option, droit de créance	112
--	-----

2) Thèse de M.I. Najjar	114
-------------------------------	-----

B. Caractères	118
---------------------	-----

1) Le droit d'option, droit autonome	118
--	-----

2) Le droit d'option, droit actuel	119
<i>Section II.</i>	
Protection du droit d'option	123
A. Situation du bénéficiaire à l'égard des tiers	124
1) Le tiers acquéreur est de bonne foi	125
2) Le tiers acquéreur est de mauvaise foi	125
B. Situation du droit d'option au regard des règles de la publicité foncière	128
1) Quelle est la position de la jurisprudence en ce qui concerne la publication du contrat d'option ?	129
2) Le droit d'option peut-il et doit être considéré comme « une restriction au droit de disposer » ?	131
a) le décret de 1955 n'est pas satisfaisant.	132
b) les pactes de préférence et les promesses unilatérales ne doivent pas être soumis à un régime différent	132
c) la doctrine est divisée au sujet de la publication des promesses unilatérales de vente	133

CHAPITRE II.

LA PROMESSE UNILATERALE DE VENTE, TECHNIQUE EMPLOYEE COMME INSTRUMENT DE FRAUDE. 137

Section I.

La promesse unilatérale utilisée comme moyen de fraude	138
A. La promesse unilatérale a été utilisée par les contractants en vue de se soustraire à des lois d'intérêt public	138
1) Utilisation de la technique dans le but d'éluder les règlements restreignant le crédit	138
2) Utilisation de la technique dans le but d'éluder l'article 60 de la loi du 13 juillet 1967 relatif à la revendication du vendeur à crédit en cas de règlement judiciaire	139
B. La promesse unilatérale a été utilisée par les contractants en vue de se soustraire à des lois d'intérêt privé	142
1) La promesse unilatérale a été utilisée par certains vendeurs de fonds de commerce qui désiraient se soustraire aux exigences de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 ..	142
2) Les juges ont pu décider, dans certains litiges que la qualification de promesse unilatérale de vente ne visait qu'à créer une situation artificielle destinée à tourner la loi	144

C. On a vu dans la promesse unilatérale de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant un pacte sur succession future	145
1) Situation actuelle	146
2) Situation future envisageable grâce à l'évolution du contrat d'option	148

Section II.

Réaction du législateur. Loi du 19 décembre 1963.	150
A. Définition du terme « acceptation »	151
B. L'article 1840-A du C.G.I. est interprété restrictivement	153
C. L'acceptation et la levée d'option peuvent être effectuées simultanément	155

Section III.

Portée de la sanction édictée par la loi de 1963	157
A. Une promesse unilatérale de vente sous seing privé nulle en application de l'article 1840-A du code général des impôts ne peut être confirmée par une renonciation	157
B. Le notaire, conseil des parties contractantes a-t-il une obligation en ce qui concerne l'enregistrement de la promesse unilatérale effectuée sous seing privé ?	158

CHAPITRE III.

LE CONTRAT D'OPTION, CONTRAT SPECIAL DESTINE A REALISER DES OBJECTIFS DETERMINES	161
--	-----

Section I.

Le contrat d'option permet de réaliser des opérations qui auraient été irréalisables sans son concours	162
A. En matière de constitution	162
B. Dans le domaine particulier de la déclaration de command	164

Section II.

Locations assorties de promesse de vente	165
A. Finalité des contrats de location avec promesse de vente	165
B. L'intégration du contrat d'option dans un contrat de location peut-elle entraîner un régime juridique différent ?	168
1) Le législateur	168
2) La jurisprudence	170

Section III.

Danger du formalisme. L'option, élément essentiel du contrat est-elle respectée ?	175
---	-----

SOUS-TITRE II

LE CONTRAT D'OPTION EST UN CONTRAT ORIGINAL.	181
---	-----

CHAPITRE I^{er}.

LE CONTRAT D'OPTION EST DISTINCT DU PACTE DE PREFERENCE	183
---	-----

Section I.

Notion de l'institution	183
-------------------------------	-----

A. Promesse unilatérale et pacte de préférence présentent certaines ressemblances	183
---	-----

1) Sources	183
------------------	-----

2) Droit né du contrat	185
------------------------------	-----

B. Ces ressemblances ne peuvent, toutefois, faire oublier que des différences fondamentales séparent ces deux institutions	185
--	-----

1) Le promettant doit vendre son bien	186
---	-----

2) Le prix n'est pas déterminé	187
--------------------------------------	-----

Section II.

Régime de l'institution	187
-------------------------------	-----

A. Cessibilité et transmissibilité	188
--	-----

B. Capacité du promettant	188
---------------------------------	-----

CHAPITRE II.

LE CONTRAT D'OPTION EST DISTINCT DU CONTRAT PRELIMINAIRE	191
--	-----

Introduction	191
--------------------	-----

Section I.

Le contrat préliminaire doit être impérativement celui de la loi de 1967 et ce contrat est très différent du contrat d'option	194
---	-----

A. Objet et prix du contrat préliminaire	194
--	-----

1) L'objet peut être éventuel	195
-------------------------------------	-----

2) L'objet peut être indéterminé	195
--	-----

3) Le prix est prévisionnel	196
-----------------------------------	-----

B. Obligations des parties	196
----------------------------------	-----

1) Obligation du réservant	197
----------------------------------	-----

2) Obligation du réservataire	198
-------------------------------------	-----

C. Droit né du contrat préliminaire. Protection de ce droit	199
---	-----

Section II.

Serait-il souhaitable de restreindre le champ d'application de la loi du 3 janvier 1967 ?	200
---	-----

A. Jurisprudence en droit commun	202
--	-----

1) Jurisprudence des cours d'appel et des tribunaux	202
---	-----

2) Jurisprudence de la Cour de cassation	203
---	-----

3) Portée de la jurisprudence	204
-------------------------------------	-----

B. Cas des ventes conclues après achèvement et précédées d'un contrat préliminaire conclu avant achèvement	206
--	-----

I. Place du contrat de promesse unilatérale de vente dans le droit des contrats	213
II. Quelle évolution faut-il souhaiter pour le contrat de promesse unilatérale de vente ?	216
<i>ANNEXE</i>	221
<i>INDEX ALPHABETIQUE</i>	232
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	233
<i>CONCLUSION GENERALE</i>	211

ACHEVÉ D'IMPRIMER PAR
LES PRESSES DU PALAIS-ROYAL
65, RUE SAINT-ANNE, PARIS

